DIRITTO INTERNAZIONALE

PRIVATO

L'AUTORITÀ

E

L'APPLICAZIONE DELLE LEGGI

STRANIERE

SECONDO

IL DIRITTO INTERNAZIONALE

I. Leggi Civili. — II. Leggi Commerciali.
III. Leggi Giudiziarie e di Procedura. — IV. Leggi Penali.

VOLUME PRIMO

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
28 — CORSO RAFFAELLO — 28
1902

DIRITTO
INTERNAZIONALE PRIVATO

O

PRINCIPII PER RISOLVERE I CONFLITTI

TRA LE LEGGI

CIVILI — COMMERCIALI — GIUDIZIARIE — PENALI

DI STATI DIVERSI

PER

PASQUALE FIORE

Professore Ordinario di Diritto privato comparato della Regia Università di Napoli
Membro dell'Istituto di Diritto internazionale.

QUARTA EDIZIONE

LEGGI CIVILI

VOLUME I.

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
28 — CORSO RAFFAELLO — 28

1902

PREFAZIONE

ALLA QUARTA EDIZIONE

Il presente volume è la riproduzione esatta di quello di terza edizione essendochè è ristampato colle lastre stereotipe. La terza edizione fu riscritta per intero ampliando considerevolmente la seconda, s'incominciò a stampare nel 1887 e ne fu pubblicato il primo volume nel 1888, il secondo nel 1889, poi ne fu interrotta la stampa per avere io rivolto lo studio al « *Diritto internazionale codificato* » del quale fu pubblicata la 1ª edizione nel 1890, la 2ª considerevolmente ampliata nel 1898, la 3ª nel 1900. Nel frattempo scrissi pure il volume « *Dello stato e della condizione giuridica delle persone secondo la legge civile* », che fu pubblicato dall'editore Marghieri nel 1893.

Quando ripresi lo studio per completare la pubblicazione della 3ª edizione della presente opera, parecchie nuove questioni erano state agitate dagli scrittori di Diritto internazionale privato, ed era ben naturale. Allargandosi incessantemente il campo dei rapporti tra cittadini di paesi diversi in conseguenza del progressivo e prodigioso sviluppo del commercio e dell'industria internazionale, dovevano crescere le occasioni dei conflitti tra le leggi di Stati diversi, e allargarsi il campo delle ricerche e delle discussioni. Importanti opere sono state quindi già pubblicate, ed aumentano di giorno in giorno le monografie su argomenti diversi ed importanti. Basta rammentare che dopo la pubblicazione del

mio volume, WEISS incominciò a stampare nel 1892 la sua importante opera « *Traité de Droit international privé* » di cui ciascuno dei quattro volumi pubblicati contiene una speciale e larga trattazione di ciascheduna parte del Diritto internazionale privato. Nel Belgio ROLIN (Alberic) pubblicò nel 1897 l'opera in 3 volumi « *Principes du Droit international privé* ». In Inghilterra nel 1896 DICEY pubblicò la sua veramente elaborata opera in un grosso volume col titolo « *The conflict of Law* ». In Germania, oltre l'opera pubblicata da BAR nel 1889 « *Theorie und Praxis der int. privat und Strafrecht* », il NEUMANN pubblicava nel 1896 la sua opera « *Internationales Privatrechts in form eines Gesetzentwurf* » e FRITTELMANN l'opera in 2 volumi « *Internationales Privatrecht* ». In America fu pubblicata l'opera di ALCORTA col titolo « *Curso de Derecho internacional privado* » e taccio di altre non meno importanti, tuttochè di minore mole.

Per le monografie poi su argomenti svariati basterebbe volgere l'attenzione a quelle pubblicate nel *Journal de Droit intern. privé* e nella *Revue de Droit intern.* su varii argomenti e con nuovi punti di vedute.

Tenendo conto degli studii fatti dai giureconsulti miei contemporanei e delle discussioni sollevate da essi per allargare il campo delle controversie di Diritto internazionale privato, ho riconosciuto io stesso che la trattazione dei principii fondamentali da me fatta nella *Parte Generale* del volume pubblicato nel 1888 non era completa. Non potevo certamente volgere la mente allo sviluppo dato incessantemente alle controversie veramente importanti agitate dai giuristi. Ho cercato però riparare al mancamento, quando ho ripreso la pubblicazione della terza edizione restata incompleta, e derogando di proposito al rigore del metodo coll'intendimento di ricolmare le lacune, ho trovato modo di svolgere nel terzo volume pubblicato nel 1901, e nel quarto, che ora è in corso di stampa, alcune controversie d'ordine generale, che in verità avrebbero trovato posto più adatto in codesto primo volume che contiene la Parte Generale. Se potessi riscrivere

tutta l'opera da cima a fondo rispetterei meglio le regole del metodo, ed allargherei senza dubbio la Parte Generale comprendendo in essa parecchie questioni che qui vi starebbero al loro posto, e che ora trovansi esaminate e svolte nel terzo e nel quarto volume. Tali sono quelle che concernono il conflitto fra le norme di Diritto internazionale privato sancite dai legislatori di diversi Stati, o la così detta questione del *rinvio*; i principii che concernono la limitazione dell'autorità delle leggi straniere; i principii fondamentali circa lo statuto delle forme; circa i rapporti derivanti dal domicilio e dalla cittadinanza in confronto colla legge personale, circa la legge che deve regolare le obbligazioni nascenti senza convenzione. Queste ed altre questioni dovrebbero essere trattate nella Parte Generale volendo renderla più completa e più metodica.

Il lettore troverà del resto nei richiami e nell'indice analitico aiuti sufficienti per conoscere quello che gli può occorrere. A me non è dato ora di poter mettere le cose a posto, e neanche potrei sperare di farlo in avvenire, perchè reputerò a grande mia fortuna, se mi sarà concesso di poter terminare, negli anni che mi restano, la trattazione di tutte le parti alle quali si riferisce il titolo dato al mio trattato. Ho reputato quindi miglior partito, non potendo fare altrimenti, di violare l'ordine metodico, e ne domando venia ai benevoli lettori.

Napoli, aprile 1902.

PASQUALE FIORE.

PREFAZIONE ALLA TERZA EDIZIONE

La seconda edizione della mia opera di diritto internazionale privato non fu altro che la riproduzione esatta della prima da me pubblicata a Firenze nel 1869 coi tipi le Monnier, avendo aggiunto ad essa soltanto un'appendice. Varie circostanze mi hanno impedito fino ad oggi di rivedere e di rifare codesta opera da me scritta nei primi anni del mio insegnamento nell'Università di Pisa. Quando la scrissi ben pochi erano i lavori pubblicati intorno a tale argomento in Francia ed in Italia. Colà primeggiava l'opera di FŒLIX, presso di noi la più importante e contemporanea era quella di NICOLA ROCCO pubblicata col titolo di *Trattato di diritto civile internazionale.*

Io sono convinto che il favorevole successo di codesta mia opera in Francia fosse da essere attribuito alla scarsezza di trattati allora esistenti di diritto internazionale privato e veramente importanti come quelli che sono stati di poi pubblicati. In Inghilterra ed in America non mancavano opere di grande ed incontestato merito e basterebbe rammentare quelle classiche di LIVERMORE, sotto il titolo di *Dissertation on the contrariety of Laws di* BURGE, e di *Commentaries on colonial and foreign laws*, e quella del giureconsulto americano STORY, *On the conflict of laws*, la quale è tuttora tra le più importanti per profondità di dottrina e vastità di erudizione, e quella di PHILLIMORE *Commentaries upon international law.* In Germania ed in Austria vi erano tra le altre le opere di SCHAEFFNER e quella di SAVIGNY, ma

in Francia ove si trova tanta ricchezza di opere giuridiche, l'argomento era stato studiato di proposito da pochi solamente dopo FŒLIX: da MASSÉ, cioè da DEMANGEAT e da qualche altro.

In questi ultimi anni lo studio del diritto internazionale privato si è considerevolmente allargato a cagione dello sviluppo prodigioso del commercio e dell'industria internazionale. I giureconsulti di tutti i paesi hanno studiato profondamente le questioni dei conflitti delle leggi dei diversi Stati, e le opere pubblicate sull'argomento sono parecchie e di grande merito; tanto che si può dire con ragione che in questi ultimi tempi questa parte della enciclopedia giuridica abbia acquistato la principale importanza come scienza a sè. Oltre svariate ed elaborate monografie su diversi argomenti speciali, si possono citare altresì opere complete e di lunga lena, tra le quali vanno mentovate quelle pubblicate in Germania da BAR, *Das internationale Privat und Strafrecht; in* Inghilterra da WESTLAKE, *A treatise on private international law;* nell'America da WHARTON, *On the conflict of laws*, e da WILLIAM BEACH-LAWRENCE, *Commentaires sur les éléments de droit international de* WHEATON; nel Belgio da LAURENT, *Droit civil international* (Vol. VIII); nella Svizzera da BROCHER, *Cours de droit international privé* (Vol. III); nell'Olanda da ASSER, *Éléments de droit international privé;* in Francia da BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts;* da DURAND, *Essai de droit international privé;* DESPAGNET, *Précis de droit international privé;* in Italia da LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale;* nella Spagna da MANUEL TORRES CAMPOS, *Principios de derecho international privado.*

Avendo io potuto ricavare largo profitto non solo dall'insegnamento da me dato negli anni decorsi, nelle Università di Pisa e di Torino, ma più ancora dai profondi studii fatti dai giureconsulti contemporanei di tutti i paesi, e dalle discussioni veramente importanti agitate nelle sessioni dell'Istituto di diritto internazionale, ho allargato il campo dei miei studii, e nel pubblicare questa edizione ho sentito il bisogno di rifare completamente l'opera già pubblicata, e di amplificarne il concetto trattando in parti ed in volumi separati le questioni che si riferiscono alla materia civile, a quella commerciale, al procedimento ed ai giudizi, ed al diritto penale.

Tutte coteste parti non potrebbero veramente essere comprese sotto il titolo dato alla presente opera, imperocchè le leggi che concernono le giurisdizioni e le competenze, e quelle che regolano la punizione dei reati e l'estradizione appartenendo piuttosto al Diritto pubblico interno non formano parte del Diritto privato internazionale. Bisognerebbe quindi o limitarsi a trattare del Diritto civile e del Diritto commerciale internazionale o trovare un titolo più esteso onde potere comprendere sotto di esso tutte le leggi di Stati diversi, di qualsisia natura esse fossero, codesto titolo, come dirò in seguito, potrebbe essere il seguente: *Dell'Autorità e dell'Applicazione delle leggi di Stati diversi secondo i principii del Diritto Internazionale.*

Ho nonpertanto reputato opportuno di conservare il titolo adoperato nelle altre edizioni, e che è quello accettato dalla maggioranza degli scrittori, perchè ho stimato dover tener conto della savia osservazione di Mackintosh, che cioè le innovazioni nei termini della scienza non stanno a compensare con la maggiore precisione l'incertezza e la confusione che deriva dal cambiamento (1).

Ho ritenuto solo indispensabile di fare di ciascuna parte una trattazione a sè ed indipendente dalle altre, onde evitare così il disordine nella trattazione e dare allo sviluppo di tutta la materia un ordine sistematico.

Tutta l'opera sarà quindi divisa in quattro parti distinte:

I. Diritto civile internazionale.
II. Diritto commerciale internazionale.
III. Diritto giudiziario internazionale.
IV. Diritto penale internazionale.

---

(1) *Discourse on the Law of nature and nations*, tradotto da PRADIER-FODÉRÉ, vol. III, del VATTEL, pag. 360, in nota.

Napoli, marzo 1887.

PASQUALE FIORE.

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

> **L'étranger n'est plus un ennemi comme dans l'antiquité, un serf comme dans le moyen-âge, un aubain comme au dernier siècle; c'est un hôte à qui l'on reconnaît tous les droits civils et qu'on accueille en ami.**
>
> **LABOULAYE.**

Lo studio del Diritto internazionale privato e pubblico risveglia sempre più, e compensa le fatiche degli scrittori. I grandi fatti di politica e di guerra avvenuti in Europa ed in America mostrarono quanto fosse imperfetto il Diritto internazionale, e quanto necessario il risolvere le quistioni suscitate e il porre regole certe, chiare e precise per determinare i diritti e i doveri degli Stati e degli stranieri.

Si aggiunga che il commercio e l'industria vanno ravvicinando gli interessi di tutti i popoli. Prima, a due leghe dal tuo villaggio eri straniero; oggi, divenuta la terra patria comune di tutti, ciascuno si sente cittadino del mondo. L'universo si muta in un immenso opificio in cui, suddiviso il lavoro, ciascun popolo fa quello cui natura lo chiama a fare, e dei prodotti altrui profitta guadagnando e godendo. Di qui viene che tutti si adoperino ad introdurre in tutto il mondo la stessa moneta, gli stessi pesi, le stesse misure, le stesse leggi postali e telegrafiche, gli stessi usi marittimi. Ed il commercio cresce forza a noi

tutti e ci ravvicina. A ragione disse Gladstone con famosa sentenza: « I vascelli che vanno da un paese ad un altro, sono simili alla spola del tessitore, essendochè essi tessono legami di amicizia e di concordia tra i popoli ».

In questo rapido movimento dei nostri tempi si muta la vita giuridica degli Stati, come sul cadere del Medio Evo, fatti non men gravi mutarono la vita giuridica dei Comuni. Questi serbarono però la loro personalità quantunque si raccogliessero nell'unità dello Stato. Oggi gli Stati cominciano a piegare verso l'unità della grande società umana.

Ciascuno Stato non solo sente di essere un organismo indipendente, ed una persona che vuole innanzi tutto autonomia e libertà, ma sente ancora che non può restringere la sua attività nei limiti del territorio nazionale, sente il bisogno di un diritto comune e di una vera società di diritto: *Ubi societas, ibi jus.*

Conseguenza di questo lavorio segreto, ed incessante, sarà la pace, benchè tutte le guerre non saranno tolte mai. E osiamo sperare che si arriverà ad ottenerla, perchè da una parte veggiamo pubblicisti e uomini di Stato darsi la mano per dare ordine ai rapporti fra gli Stati, e dall'altra gli uomini dell'industria, del commercio, del lavoro, spaventati della guerra, domandare che meno rovinosamente si provveda a difendere i diritti degli Stati.

Chi sa prevedere il risultato del grande movimento scientifico e politico della nostra età che va trasformando la *società di fatto* che esiste fra gli Stati in una vera *società di diritto?* Nobile scopo che non è certo di sognatori fantastici. Non si tratta già di ottenere una vera eguaglianza tra gli Stati, come pensava l'abate de Saint-Pierre; nè di scompigliare e di rifare la carta dell'Europa secondo uno fra i mille piani che vanno sempre risorgendo nelle accese menti degli uomini; nè infine d'impedire per sempre e in ogni caso che si possa ricorrere all'uso della forza, e ai sanguinosi orrori delle battaglie: solo intento è di determinare in qual modo gli Stati indipendenti possano esistere secondo una legge comune, segnando esattamente i diritti e i doveri di ciascuno, come pure che i principii della scienza, accettati nei solenni trattati, diventino leggi positive e perfette.

Confondere questi desiderii degli uomini dotti con le vecchie utopie è manifesto errore; peggio assai il disperare. Quella scienza che nelle attinenze di ogni ordinata congregazione di uomini, nella famiglia, nel Comune, nello Stato, diede formule di leggi e codici, può forse divenire impotente, quando si volga per il bene di tutti, a congiungere i popoli?

Nessuno vorrà sostenere che facessero opera inutile in Inghilterra l'Associazione nazionale della scienza sociale (*National Association of social science*) e in Francia l'*Alliance universelle de l'ordre et de la civilisation*, quando l'una, nell'ottobre del 1866 a Manchester, elesse un Comitato per istudiare una proposta di codice internazionale, e l'altra, nel giugno 1872, invitò i pubblicisti d'Europa e d'America a congiungere i loro studi, perchè il Diritto internazionale non abbia a mancare di legge.

Così avremo l'opera collettiva e più feconda di molti ingegni; laddove per lo avanti non si trovano che ricerche fatte alla spicciolata da questo e da quello. Nè vorremo certo dimenticare che a tutti andò innanzi uno dei nostri, il genovese Paroldo (1), seguito poi dal Petrushevecz (2), dal Lieber (3), dal Bluntschli (4) e dal Dudley-Field; finchè i più autorevoli giureconsulti dell'Europa e dell'America, Bluntschli, Field, Lawrence, Lorimer, Mancini, Sclopis, Woolsey (5) e altri, eccitati da Rolin-Jacquemyns, tanto benemerito della nostra scienza, e da Mills che con instancabile operosità adempì in Europa l'incarico a lui dato dalla Società Americana della Pace, vollero e seppero mettere in comune le loro meditazioni per arrivare allo scioglimento del grande problema (6).

---

(1) *Progetto di un Codice di Diritto internazionale.*

(2) *Précis d'un Code du Droit international.*

(3) *Instruction pour les armées en campagne.*

(4) *Droit des gens codifié.*

(5) *Draft outlines of an international code.*

(6) L'idea di una conferenza fra i giureconsulti e pubblicisti di tutti i paesi appartiene al Lieber che la manifestò prima della sua morte al Rolin-Jacquemyns e al Moynier e che contemporaneamente aveva diretto una lettera al redattore in capo della *Revue de Droit international.* Il Blunt-

Degno di studio particolare sarà certo il quesito: come i conflitti fra le diverse legislazioni civili e criminali possano decidersi in modo uniforme, e come s'abbia ad ordinare questa parte importantissima del Diritto internazionale, cioè il privato. Cresciuti così rapidamente i rapporti degli uomini e gli scambii, mancando una legge comune, grave sarebbe il danno del commercio, e di ogni atto della vita civile essendochè in tanta disparità di leggi nessuno potesse sentirsi sicuro quale di esse dovesse seguire, e quale codice lo potesse proteggere.

Che questo diritto privato possa avere norme generali, se ne avvedrà facilmente chi badi ai tentativi già fatti. Possiamo dire con orgoglio che il nostro legislatore ne diede un bell'esempio. Egli riconosce l'autorità della legge personale dello straniero, e ne comanda l'applicazione ove non offende il nostro diritto pubblico: equipara la condizione dello straniero a quella del cittadino nell'esercizio dei diritti civili, e senza veruna condizione di reciprocità. E non basta. — Nel 1867 il nostro Governo propose alla Francia, alla Germania del Nord, al Belgio e agli altri Stati civili un trattato internazionale che desse norme comuni e reciprocamente obbligatorie, come altra volta, le dètte per l'abolizione dell'albinaggio e della tratta dei negri. La proposta, accettata in massima dal Governo francese, mercè le sollecite cure dell'illustre deputato Mancini (cui era stato affidato di condurre a termine le negoziazioni), aveva trovato maggior favore presso i Governi della Germania e del Belgio, e forse sarebbero stati conclusi gli accordi con grande beneficio della civiltà, se i dolorosi fatti di Mentana non avessero sospese le trattative.

Mentre tanti studi si vanno compiendo, io non dovevo certamente troppo profondamente mutare questo mio libro, stampato già nel 1869 e che ora ripubblico: bastava solo che v'aggiungessi poche no-

---

schli suggerì poi di organizzare un istituto permanente o Accademia di Diritto internazionale. Come il Rolin-Jacquemyns incoraggiato da rispettabili giureconsulti e pubblicisti abbia adoperato tutto lo zelo e instancabili cure per riunire la conferenza a Gand, è noto a quanti hanno tenuto dietro a tanto importante avvenimento. Anche il Miles segretario della Società Americana della Pace, inviato espressamente in Europa per promuovere una conferenza, molto vi contribuì. Vedi *Revue de Droit intern.* 1873, p. 667.

tizie divenute necessarie; riserbandomi con migliore agio e con aiuti migliori di rivederlo e di correggerlo. Fondamento di tutto il sistema sono i principii della moderna scuola italiana sanzionati nella legislazione nostra. Una discussione sull'intero sistema, tanto diverso da quello degli altri paesi, non è stata fatta, ma non mancherebbe l'opportunità di farla.

Uno dei tre argomenti che si devono discutere dall'Istituto di Diritto internazionale fondato a Gand, è così formulato: « Utilité de « rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de « plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles géné« rales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme « des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles ». Intorno al quale argomento scriverà la sua Relazione il nostro Mancini. Siamo certissimi che egli che propugnò nell'insegnamento e negli scritti quei principii accettati poi nel Codice civile italiano, nel quale egli ebbe tanta parte, egli che si può a ragione dire il fondatore della scuola italiana moderna, si mostrerà sempre sapiente giureconsulto ed eloquentissimo oratore nel sostenere l'intero sistema di Diritto internazionale privato sancito dal nostro legislatore. Nè si può credere che la discussione non divenga proficua, se si consideri che la Commissione riunisce i più eminenti pubblicisti e giureconsulti moderni che mai si siano occupati di tale studio speciale, come sarebbero l'Asser, Beach-Lawrence, Bluntschli, Massé, Westlake.

Si deve aggiungere che in questi giorni il Signor Mancini (1) invitò con un discorso pronunziato alla Camera il Governo a favorire ed a promuovere la formazione del Codice di Diritto internazionale e che il ministro degli esteri accettò; speriamo che s'abbia presto a vederne i frutti e goderne.

---

(1) Vedi il *Discorso e Proposte* del deputato Mancini alla Camera dei Deputati. Tornata del 24 novembre 1873.

Pisa, 1° gennaio 1874.

P. Fiore.

PRELIMINARI

Nozione ed oggetto del Diritto internazionale privato.

CAPITOLO I.

1. Le diversità delle leggi è un fatto necessario. — 2. Triplice modo secondo il quale l'individuo si può considerare soggetto alla legge. — 3. Definizione della scienza. — 4. Si giustifica il titolo dato alla trattazione. — 5. Fondamento della scienza e suo sviluppo. — 6. Utilità dei trattati.

1. Il diritto positivo, in quanto regola tutte le relazioni tra le persone soggette all'autorità della legge, segue certe norme di costante sviluppo e di progresso, alle quali la stessa attività umana è pure soggetta.

Questa si svolge sotto le circostanze di tempo e di luogo, che sono naturalmente varie, e ne risente le influenze, e da ciò avviene che le leggi, le quali ne regolano lo sviluppo debbano essere diverse nei diversi paesi. Tale diversità è un fatto naturale e necessario:

Naturale, perchè la legislazione di ciascuno Stato deve essere la più esatta espressione dei bisogni speciali di ciascun popolo, avuto riguardo allo stato attuale della sua cultura, del suo grado di civiltà, del complesso delle contingenze storiche, nelle quali esso in ciascuna epoca si trova. Conseguentemente dovendo ogni sistema di leggi essere l'espressione del buono relativo, di quello cioè che in certe date circostanze di tempo e di luogo può meglio convenire, riesce evidente, come gli istituti giuridici debbano essere diversi nei diversi paesi;

Necessario, perchè il progresso della legislazione è condizione necessaria della vita del diritto positivo, ciò che fa sì che il diritto all'interno di ciascuno Stato sia mutabile ed assolutamente diverso nei diversi paesi.

L'uniformità di legislazione che alcuni hanno vagheggiata come forma di civile perfezionamento è un desiderio veramente inattuabile. Si può soltanto sperare che la base sulla quale riposano le legislazioni di quegli Stati, che sono allo stesso livello di cultura e di civiltà, sia sempre più conforme ai principii comuni della giustizia e del diritto naturale, essendochè sia impossibile che possano avere leggi uniformi, Stati che vivono di vita propria, con proprie tradizioni, propri usi e costumi, e sotto condizioni geografiche, etnografiche, morali e politiche diverse.

2. Conviene altresì notare che l'individuo si può considerare soggetto alla legge sotto triplice rispetto: *Tribus fere modis*, dice Erzio, *homines summis subjiciuntur potestatibus, vel ratione personae suae, vel ratione rerum, vel denique ratione actuum* (1). Infatti la legge determina primieramente lo stato e le qualificazioni della persona, ossia di questa la condizione e la capacità giuridica. Essa stabilisce, in secondo luogo, quali sono i diritti di cui l'individuo è capace nei suoi rapporti colle cose, e ne regola l'esercizio. Essa specifica infine quali sono gli atti dell'individuo che hanno un valore giuridico, e determina le condizioni necessarie affinchè essi lo abbiano. L'individuo è dunque soggetto alla legge, tanto a riguardo della sua persona quanto a riguardo delle sue cose e delle sue azioni.

Potendo l'individuo esercitare la sua attività fuori dei limiti del proprio territorio, si può considerare soggetto a diverse leggi sotto diverso rispetto. Supponiamo infatti che uno si rechi in territorio straniero e v'acquisti beni, e che poi in un terzo Stato disponga di essi con un atto tra i vivi o di ultima volontà, e noi troveremo l'individuo in rapporto con diverse leggi sotto diverso rispetto. Quale sarà in questo caso la legge che dovrà regolare ciascuna relazione giuridica?

---

(1) Hertius, *De collisione legum*, sect. iv, p. 4.

Con quali criteri si deciderà in ogni caso se debba applicarsi a preferenza la legge della patria o quella del luogo in cui esistono i beni, o quella in cui divenne perfetto l'atto col quale l'individuo ne dispose?

3. La scienza, la quale stabilisce i principii coi quali si deve determinare quale legge sia applicabile per regolare i rapporti reciproci fra sudditi di Stati diversi, ovvero che deve regolare le relazioni ed i fatti giuridici, che nascono e si svolgono nel territorio soggetto all'impero di un'altra sovranità, è stata nominata generalmente scienza del *Diritto internazionale privato.* Altri la nomarono *Teoria dei conflitti delle leggi* (1).

4. A noi non sembra che i titoli comunemente adoperati esprimano adeguatamente e completamente il concetto della scienza, e se non avessimo temuto il pericolo d'ingenerare incertezza e confusione col cambiamento del titolo avremmo sostituito il seguente: *Dell'Autorità e dell'Applicazione delle leggi di Stati diversi secondo i principii del Diritto Internazionale.*

Il titolo *Diritto internazionale privato,* che è il più comune, non può comprendere il *Diritto penale internazionale,* nè quelle altre parti, le quali hanno attinenza col Diritto pubblico piuttosto che col Diritto privato.

Quello di *Conflitto delle leggi* non rende il concetto; prima, perchè il concorso delle leggi che rendono possibile il conflitto, è il fatto presupposto, che rende necessaria la scienza che porge le regole per risolvere i conflitti. Si dovrebbe quindi, in ogni caso, dire: *principii* o *teoria per risolvere i conflitti delle leggi.* Osserviamo inoltre che questo titolo neanche è adeguato; imperocchè, i conflitti delle

---

(1) Huber intitola il suo trattato *De conflictu legum.* Lo stesso titolo fu adottato da Hert, da Story, da Wharton, da Waechter e da molti altri. Voet adoperò il titolo *De Concursu legum.* La denominazione *Diritto internazionale privato* è più comunemente adottata. Alcuni adoperano l'uno e l'altro titolo. Così ha fatto recentemente Asser, il quale, intitola la sua opera *Éléments de Droit international privé ou du conflit des lois.* Laurent usa il titolo *Droit civil international,* il quale titolo era stato adottato pure da Rocco e da altri.

leggi sorgono anche all'interno di ciascuno Stato, in conseguenza dei mutamenti di quelle vigenti e del concorso delle leggi nuove e delle antiche. Osserviamo inoltre che, se nello stato attuale delle cose i conflitti nascono, questo dipende da che non si è ancora ben determinata quale debba essere l'autorità territoriale, e l'autorità estraterritoriale di ciascuna legge e determinare poi come la legge estera debba essere applicata. Se questo fosse bene stabilito i conflitti sparirebbero; imperocchè, determinati i limiti dell'autorità di ciascuna legge, ciascun rapporto giuridico si dovrebbe riconoscere governato dalla legge sotto l'impero della quale esso dovesse stare salvo le eccezioni che potrebbero limitarne in certi casi l'applicazione.

Ora ci sembra che questo debba essere il còmpito della scienza che imprendiamo a trattare, quello cioè di ricercare e di stabilire secondo i principii del diritto, l'autorità, la forza e l'efficacia di ogni precetto imperativo sancito da ciascun legislatore e di investigare se debba arrestarsi alle frontiere dello Stato, nel quale esso comanda, o se debba estendersi in certi casi nel territorio soggetto ad altra sovranità; e dato poi che l'autorità estraterritoriale della legge debba ammettersi, precisare i limiti, entro i quali possa essere ammessa. Stabilito quale sia tra le leggi dei diversi paesi, che possono regolare lo stesso rapporto giuridico, quella sotto di cui quel dato rapporto deve di per sè stesso stare, vale a dire quella, che secondo la natura delle cose ha autorità come norma giuridica del rapporto stesso, riesce chiaro, che ogni conflitto debba sparire in conseguenza della accertata o riconosciuta autorità di ciascuna legge o della necessaria limitazione derivante dalla legge territoriale a riguardo dell'applicazione della legge estera in certi casi determinati.

Il titolo da noi proposto potrebbe evidentemente applicarsi a tutti i rami della legislazione positiva, non solo alla materia civile, commerciale, ma a quella giudiziaria, e quindi a quanto concerne le prove, i giudizi, l'autorità dei giudicati, e altresì alla materia penale e a quella attinente al Diritto pubblico, essendochè in ogni caso il problema sarebbe sempre lo stesso, quello cioè di determinare i limiti dell'autorità di ciascuna legge sovrana. Il titolo non escluderebbe, anzi includerebbe le suddivisioni, potendosi con ragione trat-

tare parzialmente dell'autorità estraterritoriale delle leggi civili, delle commerciali, di quelle che si riferiscono all'ordinamento giudiziario, delle leggi penali e senza confondere l'una materia con l'altra, come accadrebbe se si adottasse il titolo di LAURENT, di *Droit civil international*, che non potrebbe comprendere la materia commerciale e le altre, o se si adottasse quello di *Diritto internazionale privato*, e si trattasse promiscuamente di tutte le materie senza distinzione.

Aggiungiamo inoltre, che il su accennato titolo si presterebbe a fare della nostra scienza una disciplina a sè, e ben distinta dal diritto privato e dal diritto pubblico. Non ci pare invero poter seguire l'opinione di Laurent, che dice il diritto internazionale privato essere una branca del Diritto internazionale pubblico (1), nè quella di coloro che vorrebbero disconoscere le attinenze fra la nostra scienza e quella del Diritto internazionale, o delle genti. Riteniamo invece che la scienza della quale ci occupiamo debba profittare dei principii del Diritto internazionale pubblico, imperocchè bisogni pure determinare, a norma dei medesimi, fino a qual punto la sovranità territoriale possa e debba ammettere l'applicazione di leggi di sovranità straniera e che deve tener conto dei principii del Diritto privato per tutelare, secondo questi, i diritti delle persone, anche quando siano nati sotto l'impero di leggi di Stati diversi, o abbiano per oggetto beni esistenti in paesi diversi.

5. Non è mancato chi ha sollevato dei dubbi circa l'esistenza del Diritto internazionale privato, ma oggi si ritiene generalmente che essi non possano essere considerati come veramente fondati. È vero che le legislazioni positive, alcune poche eccettuate, sono prive delle norme giuridiche relative all'autorità delle leggi straniere. In molti Stati tale materia è regolata dai trattati, e non sono mancati reputati scrittori, che hanno considerato l'applicazione delle leggi straniere fondata esclusivamente sulla *comitas gentium*. Tutto ciò per altro non muta la sostanza della cosa, nè può condurre a sostenere ragionevolmente,

---

(1) LAURENT, *Droit civil international*, vol. I. Introduction, § 1.

che non esistono principii circa l'autorità territoriale o estraterritoriale delle leggi.

Nella stessa guisa che vi sono principii e regole per determinare l'autorità della legge nuova in concorrenza con la legge antica, così vi sono principii e regole per determinare e fissare il limite dell'autorità della legge di ciascuno Stato in concorrenza con quella di altri Stati.

Quello che è vero però si è, che non evvi ancora tra i giuristi dei diversi paesi molta uniformità di vedute a riguardo di codesti principii e di codeste regole, lo che rende veramente la scienza incerta e mal sicura. Giova per altro sperare, che l'accordo tra gli scienziati si andrà a mano a mano stabilendo, sopra tutto perchè la necessità di venire ad esso diventa sempre maggiore, in conseguenza dello incessante sviluppo dell'attività umana in territori soggetti a sovranità diverse e dei rapporti che gli stranieri, i quali al presente formano una parte notabile della popolazione di ciascuno Stato, hanno coi cittadini di questo.

L'accordo fra gli scienziati sarà al certo facilitato dai loro congressi, tra i quali hanno una notevole importanza quelli promossi dall'Istituto di diritto internazionale, che ha intrapreso l'opera lodevole di eccitare i giureconsulti di tutti i paesi a studiare ed a discutere in comune intorno alle regole atte a risolvere i conflitti delle leggi.

6. Alla soluzione definitiva del problema non si arriverà che quando gli Stati avranno convenuto di stipulare in un trattato generale le norme relative all'autorità territoriale e estraterritoriale delle leggi; in tal guisa sarà stabilito fra i medesimi un diritto comune e si potrà allora ottenere l'uniformità di giurisprudenza internazionale idonea a risolvere i relativi conflitti delle legislazioni (1).

---

(1) SAVIGNY, nel suo dotto trattato *Sistema del diritto romano*, ha messo in rilievo l'idea della comunione giuridica onde risolvere in modo uniforme i conflitti delle legislazioni.

Fra i Codici moderni, spetta a quello italiano d'avere ridotto a sistema i principii generali del diritto internazionale privato.

La necessità di un trattato generale in questa materia è stata ricono-

A questo deve tendere la scienza nostra. E poichè certi principii comuni, sono stati già accettati dalla maggior parte degli Stati civili, come sarebbero quelli relativi alla forma degli atti e alla capacità delle persone, così si può con ragione sperare che in un tempo più o meno prossimo saranno per essere accettati gli altri principii che la scienza dimostrerà i migliori per risolvere i conflitti delle leggi di Stati diversi.

---

sciuta dall'Istituto di diritto internazionale, il quale ne ha fatto oggetto di speciale studio, ed ha nominato una speciale Commissione a fine di studiare il seguente argomento: Utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles.

CAPITOLO II.

Compendiosa esposizione storica della condizione degli stranieri.

7. Grande diversità tra la condizione degli stranieri nei tempi antichi e quella dei medesimi nei tempi moderni. — 8. Rigori della legislazione romana rispetto agli stranieri. — 9. Temperamenti apportati alle rigorose massime di diritto. — 10. Condizione degli stranieri nel medio-evo. — 11. Diritto di albinaggio. — 12. Legislazione francese. — 13. Legislazione inglese. — 14. La Chiesa e la rivoluzione francese. — 15. Codice di Napoleone (art. 11, 776, 912). — 16. Condizione degli stranieri in Inghilterra nei tempi moderni. — 17. Disposizioni relative della legislazione italiana. — 18. Condizione degli stranieri presso gli altri Stati.

7. Nei tempi in cui viviamo, nei quali i popoli sono legati tra di loro dalla civiltà e dal commercio, e l'utilità stessa degli Stati consiglia di non escludere da esso gli stranieri, non sappiamo quasi più renderci ragione come una volta questi fossero guardati con sospetto, tollerandoli appena e respingendoli spesso, aggravandoli di tasse e considerandoli come fuori del diritto comune.

Quando Alessandro il Grande in un editto immortale proclamava che gli uomini onesti di qualunque contrada doveano considerarsi come fratelli, e che i delinquenti solamente erano forestieri, faceva un anacronismo glorioso, perchè la Grecia fu ben lungi dall'accettare nella sua legislazione sì nobile principio.

Gli Ateniesi, che si onoravano di avere il tempio della *Pietà*, per ricevere i forestieri, di questi assegnavano a dimora un quartiere speciale, nel quale erano come imprigionati, li assoggettavano a pagare l'annuo tributo di 12 dramme, e vendevano come schiavi quelli fra di essi che rifiutavano di pagarle (1).

---

(1) Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. III, n. 22.

A Sparta si negava l'ingresso ai forestieri pel timore, che corrompessero quei severi costumi.

8. La stessa Roma, che a riguardo del reggimento dei popoli giunse al più alto grado di civiltà e di grandezza, non fu punto benigna cogli stranieri. Il diritto civile formava a Roma una stretta cerchia in cui non poteva penetrare lo straniero. Il diritto quiritario, le formalità sapienti delle azioni della legge, il pieno potere attribuito alla *mancipatio* di cui le forme sacramentali non potevano essere supplite che dalla *usucapio*, le solennità dei testamenti, l'insieme della procedura, manifestano le istituzioni di un popolo geloso di dividere con altri i suoi privilegi (1). Solo per i cittadini di Roma il pretore urbano siede nella sua sedia curule: per essi solamente egli scrive tutti gli anni nell'albo il suo editto, unicamente ad essi sono riservati i privilegi che seguono dovunque il cittadino di Roma.

L'inferiorità degli stranieri non si manifestava solamente rispetto agli onori che ad essi avrebbero potuto spettare, come era dimostrato nella proibizione fatta loro di portare la toga e di farsi distinguere coi prenomi e simili: la legislazione romana, negando ad essi l'*jus quiritium* e l'*jus civitatis*, toglieva loro non solo il diritto del censo e di suffragio nei comizii pubblici, e gli onori ed i diritti politici, ma eziandio il diritto del connubio e della patria potestà, il patronato, il dominio, l'*usucapione*, e la *factio testamenti* attiva passiva (2).

Nella legge delle XII Tavole gli stranieri sono più volte denotati col nome di *hostes*, lo che scusava la gelosa sorveglianza con cui li guardava il Governo, e la facoltà che ad esso era attribuita di cacciarli dalla città tutte le volte che la ragione di Stato o la scarsità dell' annona lo consigliasse, come accadde sulla proposta di Giunio Penno, di Papio Celso e di altri. Contro il qual costume inveiva l'oratore romano dichiarandolo inumano: *usu vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est* (3).

(1) « Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos colonarios eosque peregrinos quibus commercium datum est. » ULP., *Fragm.*, tit. 19, § 4.

(2) SIGONIUS, *De antiquo jure civ. rom.*

(3) CICERO, *De Offic.*, lib. III, cap. 11.

Per ottenere giustizia non era concesso agli stranieri di presentarsi innanzi al magistrato che la rendeva ai cittadini Romani. Quelli che godevano l'*jus connubii* e l'*jus commercii* erano giudicati secondo le leggi romane: gli altri, se appartenevano ad una delle nazioni con cui Roma avea trattati, potevano ottenere giustizia da un magistrato speciale detto *praetor peregrinos ab eo quod plerumque inter peregrinos jus dicebat* (1). Gli stranieri erano giudicati secondo il diritto delle genti, e poichè si ammetteva che ciascun popolo potesse appropriarsi la persona e la cosa del nemico, che cadevano nelle sue mani, e si consideravano come nemici tutti quelli con cui non vi era patto, o alleanza, così si ammise un diritto di *postliminio* anche a tempo di pace. *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque faedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit: et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est* (2).

9. Quantunque da quello che abbiamo detto apparisca quanto fosse grande la severità della legislazione romana rispetto agli stranieri: quantunque nelle XII Tavole fosse scritto *adversus hostem aeterna auctoritas esto,* principio tanto rigorosamente interpretato in altri tempi e di cui oggi è chiarito il vero significato, pur non ostante dobbiamo notare che a poco a poco il rigore della legge fu temperato dalla beneficenza del popolo e dall'interpretazione della legge stessa. Così sebbene gli stranieri non avessero a Roma la *testamenti factio* nè attiva nè passiva: *deditiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est* (3), pur tuttavia colla istituzione dei fidecommessi si riuscì ad ammetterli alla successione eludendo la legge. Notiamo altresì, secondo ci riferisce Cicerone, che gli stranieri potevano avvicinarsi di molto alla condi-

---

(1) Dig. *De origine juris*, l. 2, § 28.
(2) L. 5, § 2, Dig. *De captivis*, ecc., 49, 15.
(3) Ulpiano, *Frag.*, xx, § 2.

zione dei cittadini, mettendosi sotto il patronato e la clientela di un romano. *Mortuo peregrino bona, aut tamquam vacantia in fiscum cogebantur, aut private adquirebantur, si peregrinus ad aliquem veluti patronum adplicuisset, eique clientelam dedisset: tunc enim, illo mortuo, patronus jure adplicationis in istius peregrini bona succedebat* (1).

Noi possiamo pure considerare come temperamento al rigore della legge che attribuiva la proprietà delle cose degli stranieri ai Romani, quando esse cadevano in loro potere, le umanissime leggi sui naufragi, fatte per reprimere l'avidità degli abitanti delle spiaggie e la vantata ragione del fisco. *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat. Fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* (2).

Nei tempi posteriori, quando Roma sentì il bisogno di affezionarsi i popoli vinti, concesse loro alcuni dei privilegi riservati ai cittadini romani, sicchè la severità contro gli stranieri fu mitigata a seconda delle condizioni di civiltà delle genti sottomesse. E qui importa osservare come i varii diritti, che erano prima privilegi esclusivi del cittadino di Roma, fossero con gradazione artefatta e con abile avarizia concessi pure ai diversi popoli. Agli uni fu accordato l'*jus connubii*, per altri fu creato l'*jus italicum* e per altri il diritto del Lazio; di maniera che gli stranieri furono distinti in italiani, provinciali e latini. Non solo il modo col quale si applicava il diritto ai popoli dell'Italia, a quelli del Lazio ed a quelli delle provincie differiva da quello usato per applicarlo ai cittadini, ma il diritto stesso di tali popoli era diverso secondo la loro condizione di municipio, di colonia o di prefettura. La durezza primitiva andò gradatamente scemando tantochè ad alcuni fu conceduto il diritto di cittadinanza senza restrizione, e s'arrivò poi alla costituzione di Caracalla che lo conferì a

(1) Cicero, *De Orat.*, lib. I.
(2) Codic., L. 1, *De Naufragiis.*

tutti gli abitanti dell'impero (1): *In orbe romano qui sunt cives sunt Romani.*

È vero che considerando la causa che promosse la costituzione di Caracalla, molto diminuisce l'ammirazione che può sorgere a prima vista per una disposizione tanto liberale. Secondo ci riferisce Dione Cassio, Caracalla non la emanò che per accrescere il prodotto dell'imposta sulle successioni, e si deve perciò considerare come un provvedimento meramente fiscale. Dopo la promulgazione di codesta costituzione, sul di cui valore si è tanto discusso, sparirono i *latini*, i *coloniarii* ed i *peregrini*, che erano in condizione di divenire cittadini romani all'epoca in cui fu promulgata la costituzione, ma si ebbero però i *latini juniani*, e furono considerati come *peregrini* quelli che subirono una *capitis diminutio* e quelli che in seguito di conquista furono aggregati all'impero. Ciò prova che Caracalla provvide al presente non al futuro, e non determinò la condizione degli abitanti delle nuove provincie, che potevano essere aggregate all'impero. Quegli che tolse tutte le distinzioni fu Giustiniano, il quale dichiarò cittadini tutti i liberi abitanti dell'impero, e dopo lui la *civitas* non fu più un elemento dello *status* (2).

Da tutto ciò risulta, che per quanto rigorosa sia stata la legislazione romana verso i forestieri, siccome durante il quarto e quinto secolo dell' êra nostra essa fu resa molto più mite, e al primo formarsi degli Stati moderni la distinzione tra cittadino e forestiero ebbe tanta poca importanza dinanzi alla legislazione romana, così non si può in nessuna guisa sostenere, che i diritti esorbitanti, che si andarono stabilendo contro gli stranieri nel tempo della invasione dei barbari, avessero la loro origine dal diritto romano.

10. Nell'età di mezzo, età di immane barbarie e d'ingiuste violenze, fu molto triste la condizione degli stranieri. In alcuni luoghi essi divenivano schiavi del signore nella cui terra andavano a stabilirsi: altrove era concesso su di essi il diritto di vita e di morte, e generalmente non si accordava loro l'ingresso nel territorio che a condizioni one-

---

(1) Dig. *De statu hominum*, l. 17.

(2) Demangeat, *Droit Romain*, p. 165.

rose, e si assoggettavano a pagare gravi tasse che rendevano penosa la loro dimora (1). Noi non staremo ad annoverare tutte le esorbitanze commesse a danno degli stranieri e solo fisseremo in particolare la nostra attenzione su di una fra di esse, cioè sul voluto diritto di albinaggio, poichè rivela tutta la barbarie della legislazione dei tempi di mezzo riguardanti i forestieri.

Essendo gli stranieri considerati fuori del diritto comune, loro era tolta la facoltà di far testamento, e perciò i beni appartenenti allo straniero, che moriva in territorio estero, erano dichiarati vacanti e devoluti o al signore della terra o al fisco, con esclusione anche degli eredi del sangue. Nè mancarono paesi in cui prevalse l'inospitale consuetudine, che gli ospiti si attribuissero i beni degli stranieri morti, *jure hospitii*. Questa barbara usanza di considerare gli stranieri come incapaci di succedere, noi la troviamo consacrata nelle leggi e nelle capitolazioni dei barbari, e pare più probabile l'opinione di quelli, che vogliono che la importassero questi ultimi, quando si stabilirono nei territori conquistati dopo la rovina dell'impero (2). Secondo le loro leggi solamente i guerrieri, che avevano il diritto di portare le armi potevano divenire proprietari.

11. Dopo l'XI secolo noi troviamo dinotato sotto il nome di albinaggio il diritto di attribuirsi i beni degli stranieri, che nel tempo del feudalismo fu esercitato dai signori dei feudi, i quali si appropriavano i beni dei forestieri morti nelle loro terre. Quando poi la monarchia sottomise i signori e si arrogò i loro diritti, l'albinaggio fu considerato come una prerogativa della corona, e fu esercitato come una vera regalia fino all'epoca della rivoluzione francese e dei nuovi codici.

Non si accordano gli autori intorno all'etimologia di questa parola di *albani*, con cui erano indicati i forestieri. Sapey (3) dice che essa derivò dall'essere questi registrati in un *album:* altri (4) dicono

---

(1) Demangeat, *Condiction des étrangers*, chap. I, n. 6. — Legge salica, tit. 48, *De migrantibus*, § 1.

(2) *Lois des Angles*, tit. 6, § 5; *Lois des Lombards*, lib. III, tit. 15.

(3) *Les étrangers en France*, pag. 52 e seg.

(4) Dragoumis, *De la condition de l'étranger*, pag. 6.

che il nome di albani, che è proprio degli Scozzesi, fu esteso per indicare tutti gli stranieri: altri (1) considerano questo nome come contratto da *alibi nati*, altri dànno diverse spiegazioni. Certo si è che colla formola *droit d'aubains*, diritto di albinaggio, si dinotarono tutti i diritti rigorosi, che pesavano sugli stranieri, e che erano considerati come diritti di regalia nella maggior parte delle contrade di Europa.

Dobbiamo notare altresì, che erroneamente alcuni scrittori fanno derivare questo diritto dai Greci e dai Romani, come sostiene Bodino nel suo *Trattato della repubblica*. Contro tale opinione stanno la testimonianza di Ulpiano, che dice che in certi casi era concesso agli stranieri di testare secondo le leggi della loro patria, e quella di Teofilo, il quale considera come una delle ragioni, per le quali doveva ammettersi il fidecommesso, la necessità di temperare il rigore delle leggi rispetto agli stranieri, e l'atto di Adriano, il quale condanna come tirannico l'uso del suo predecessore di confiscare i mobili e gli altri oggetti dei mercanti stranieri. Queste testimonianze sono sufficienti a provare che l'origine del diritto di albinaggio non deve ricercarsi nel Diritto romano. Quelli che desiderano conoscerne i particolari, potranno leggere le opere di Bacquet, del Denizart, del Gaschon, del Demangeat.

12. Una delle regioni, in cui il diritto di albinaggio fu applicato con tutto il suo rigore, fu la Francia, ove gli stranieri erano obbligati a pagare caramente la facoltà loro concessa di dimorarvi. Colà furono escogitate diverse forme di tasse, e rigorosamente applicate agli stranieri. Noi non staremo a farne la storia, e solo noteremo, che lo straniero non poteva ottenere giustizia senza prestare cauzione per pagare le spese del giudizio: non poteva contrarre matrimonio senza pagare una tassa dinotata sotto il titolo *droit de formariage*. Erano inoltre obbligati tutti i capi di famiglia, tanto ammogliati che vedovi, a pagare una tassa annua, il *droit de chevage*, e quando i bisogni dello Stato lo esigevano, gli stranieri erano assoggettati a tasse straordinarie e gravose assai. Così con un editto del mese di settembre del 1587, Enrico III ordinò che tutti i mercanti stranieri, non esclusi quelli na-

(1) Demangeat, loc. cit., pag. 66 e seg.

turalizzati, dovessero munirsi di una carta per risiedere nel reame pagando una tassa. Con una dichiarazione del 29 gennaio 1639, Luigi XIII assoggettò gli stranieri residenti e possidenti beni nel reame ad una nuova tassa, e Luigi XIV con editti successivi impose agli stranieri naturalizzati l'obbligo di fare confermare le lettere di naturalizzazione pagandone un'altra.

Qualche volta queste rigorose misure furono alleggerite, ma solamente in favore dei mercanti. Noi troviamo infatti che per allettare sopratutto gl'Italiani, che facevano il commercio di oggetti di lusso e di manifatture, Filippo VI nel 1349 dispose: « Tutte le compagnie di « mercanti e specialmente Fiorentini, Milanesi, Lucchesi, Genovesi, Ve- « neziani e Tedeschi, se vogliono mercanteggiare e godere dei privi- « legi del mercato, avranno dimora per essi e loro commessi nei detti « mercati senza avere però stazione fissa in alcuna parte del nostro « reame, e verranno liberamente, dimoreranno, e ritorneranno colle « loro mercanzie e loro conduttori senza essere presi o arrestati dalle « nostre guardie ». Poco dopo Carlo VII accordò alla città di Lione tre fiere aperte, e nella concessione dichiarò, che tutti i mercanti che avessero frequentate queste fiere avrebbero goduto durante il loro viaggio, dimora e ritorno, l'esenzione dal diritto di albinaggio. Luigi XI con lettera patente del mese di marzo del 1462, aggiunse una quarta fiera, e all'articolo 9 dichiarò essere concesso agli stranieri di potere testare e disporre dei beni a loro beneplacito; che il testamento fatto durante la fiera o immediatamente prima o dopo fosse valido e avesse il suo effetto come nella patria del testatore; che se il forestiere venisse a mancare durante la fiera senza testamento, i veri eredi avrebbero potuto succedere secondo gli usi, i costumi e statuti della loro patria, come se la successione si aprisse nel loro paese. Queste disposizioni furono poi confermate da Carlo IX nelle lettere patenti del 7 agosto 1579 (1).

13. In Inghilterra noi troviamo adottate le stesse misure di rigore a danno degli stranieri, anche colà temperate poi in favore dei mer-

---

(1) BACQUET, *Droit d'aubaine*, chap. 14. — BOERIUS, decis. 13. — DEMANGEAT, *De la condition des étrangers en France*, n. 44.

canti in vista degl'interessi del commercio. Nessuno straniero poteva infatti divenire proprietario di terra, e se esso acquistava fondi nel reame, erano devoluti al re per titolo di albinaggio. Il primo atto del Parlamento inglese in questo senso rimonta alla data del regno di Edoardo II. Questo atto sottopone tutte le terre dei Normanni al diritto di albinaggio e dichiara straniero qualunque individuo nato sotto una sovranità straniera. Lo statuto 2° del 17° anno di questo re, cap. 12, dispone: « Il re prenderà a titolo di albinaggio le terre « dei Normanni qualunque sia il feudo a cui appartengono, salvi però « i diritti appartenenti ai signori che hanno dominio in detti feudi ». Anche in Inghilterra noi troviamo imposte moltissime restrizioni agli stranieri. Collo statuto 9 del 1° anno di Riccardo III fu stabilito che i commercianti stranieri dovessero vendere le loro mercanzie all'ingrosso, e solamente durante otto mesi a contare dal loro arrivo nel regno, ed adoprarne il prezzo nella compra di generi inglesi: che nessuno straniero potesse vendere o comprare lana nel reame o fabbricare tessuti di lana: che nessuno straniero potesse essere artigiano o domestico. I contravventori a tali disposizioni erano puniti con pene rigorose. Lo statuto 13 del 22° anno di Enrico VIII proibì agli stranieri di esercitare un mestiere od una professione qualunque si fosse, e Carlo II vietò d'impiegarli come fattori nelle colonie soggette a S. M.

Però, siccome il commercio e l'interesse mercantile sono stati sempre lo scopo della nazione inglese nella sua politica, nelle sue istituzioni, nelle sue relazioni internazionali, così è stato giuocoforza che la legislazione di lei abbia di continuo portata l'impronta di codeste tendenze. Per avvantaggiare l'interesse commerciale e le transazioni furono concessi, secondo il bisogno, alcuni favori ai mercanti stranieri. Noi troviamo fino dai tempi di Giovanni senza Terra (1215) alcune disposizioni in pro dei mercanti (art. 50), e altre moltissime ne troviamo pure nei tempi successivi secondo i bisogni del commercio. Senza farne l'enumerazione noteremo solamente come ai tempi di Giorgio II, nell'anno 22° del suo regno, per incoraggiare la pesca della balena fu promulgato uno statuto col quale si accordava la cittadinanza inglese a qualunque straniero avesse servito per tre anni su di un bastimento inglese, che esercitava la pesca. Altra volta la citta-

dinanza inglese fu conferita per interessi politici; così sotto lo stesso Giorgio II nell'anno 13° del suo regno per favorire l'emigrazione dei protestanti che, vessati in Europa, si rifugiavano nelle colonie inglesi fu emanato uno statuto col quale era conferita la cittadinanza inglese a qualunque straniero che per 7 anni avesse in tali luoghi dimorato. E sotto Giorgio III, per giovare alla Società delle Indie, che aveva bisogno di un prestito, fu concesso agli stranieri di godere l'ipoteca sui fondi liberi o enfiteutici esistenti in quelle contrade.

Tutto ciò rivela lo spirito particolare della legislazione inglese e dimostra all'evidenza come il commercio sia sorto in Inghilterra colle istituzioni di lei. Ed è perciò che oltre le rigorose disposizioni circa gli stranieri, dettate dall'interesse mercantile, troviamo nel 5° anno di Giorgio I lo statuto 27 col quale fu proibito agl'Inglesi di portare la loro industria e le loro manifatture in paese straniero sotto pena di perdere la cittadinanza e di divenire incapaci di succedere o di ricevere alcun legato in Inghilterra, se non ritornavano entro i sei mesi dall'avviso loro dato dal console o dal ministro inglese.

14. I primi tentativi diretti a temperare le rigorose disposizioni a carico degli stranieri furono fatti dalla Chiesa; la quale non poteva conciliare gl'inumani diritti di albinaggio e di naufragio coi precetti di una religione nemica di ogni disuguaglianza fra gli uomini; e perciò in quei luoghi in cui aveva qualche autorità il diritto canonico furono alleggeriti i rigori a riguardo degli stranieri. Altri temperamenti furono apportati dalla civiltà, dal progresso e dal bisogno reciproco di allargare i rapporti colle genti estere, e così furono fatte le convenzioni diplomatiche basate sul sistema della reciprocità, colle quali si cercò di assicurare ai propri sudditi dimoranti in paese straniero alcuni vantaggi, concedendoli uguali anche ai sudditi di quel paese dimoranti nel territorio dello Stato.

Parecchi trattati furono stipulati a fine di abolire il diritto di albinaggio col patto della reciprocità; ma colle trattative diplomatiche si sarebbe arrivati troppo tardi ad una radicale riforma della legislazione interna dei nuovi Stati, se non fosse sopraggiunta la rivoluzione del 1789 che modificò completamente le basi di tutte le quistioni sociali e politiche.

La rivoluzione francese, che ebbe per iscopo di rivendicare i diritti dell'uomo, colle riforme radicali che operò in tutti gli ordinamenti sociali e colle idee filantropiche con cui rinnovellò il passato, non avrebbe potuto conservare le barriere che tenevano divisi i popoli. L'Assemblea costituente proclamò infatti che il diritto di albinaggio era contrario ai principii di fratellanza, che devono legare tutti gli uomini qualunque fosse il loro paese ed il loro governo; che questo diritto, adottato in tempi barbari, doveva essere proscritto da un popolo che aveva fondato la sua costituzione sul rispetto dei diritti dell'uomo e del cittadino, e che la Francia libera doveva aprire le sue porte a tutti i popoli invitandoli a venire a godere sotto un governo libero i diritti sacri ed inviolabili dell'umanità (1). Il 6 agosto 1790, l'Assemblea costituente formulando questi principii in disposizioni legislative, decretò senza reciprocità, l'abolizione del diritto di albinaggio e con successivo decreto dell'8 aprile 1791, gli stranieri anche non residenti in Francia furono ammessi a raccogliere la successione di un francese. Altre generose disposizioni in favore degli stranieri noi troviamo nella legge del 9 marzo 1793.

15. Quando il sistema repubblicano fu seguito da un sistema monarchico sotto il nome di consolato, le idee saggiamente liberali della Costituente rispetto agli stranieri non trionfarono. Nella redazione del Codice civile due erano i sistemi che si potevano seguire: o ammettere gli stranieri al godimento compiuto dei diritti civili senza reciprocità, il che sarebbe stato conforme ai principii dell'equità naturale; o consacrare il sistema della reciprocità, con cui si concedevano agli stranieri alcuni vantaggi sulle basi delle relazioni diplomatiche esistenti colla nazione cui essi appartenevano. Quest'ultimo prevalse, e l'art. 11 del Codice di Napoleone stabilì, che gli stranieri avrebbero goduto in Francia gli stessi diritti civili, che erano o sarebbero stati accordati ai Francesi dai trattati colla nazione cui essi appartenevano.

L'articolo 11 del Codice francese, nella forma indeterminata con cui fu redatto, può aprire il più largo campo all'arbitrio. Forse essa fu

(1) Massé, *Droit commercial*, liv. II, tit. II, chap. 1, sect. 1, § 1, — il quale cita *Motif du décret du 6 août* 1790.

preferita per dare al primo console un gran potere rispetto alle Potenze straniere, ma la medesima non si può conciliare coi progressi della legislazione nei tempi moderni. Il far dipendere l'esercizio dei diritti civili degli stranieri dai trattati è un principio di altri tempi, il quale rende incerto qualunque diritto, perchè esso subordina a considerazioni politiche esteriori, alle alleanze ed amicizie dei sovrani la condizione civile di una numerosa classe di persone, le quali potrebbero essere private dell'esercizio dei loro diritti, se una circostanza qualunque venisse a rompere coteste alleanze ed amicizie. Noi sappiamo, che tale non è lo spirito della legge, e che il legislatore francese non potrebbe applicare l'art. 11 in contradizione coi principii della civiltà moderna; ma indubitatamente la redazione dell'articolo è antiliberale specialmente valutando la forza delle significanti parole *par les traités*, e l'indeterminazione delle altre *droits civils*, colle quali si può pure intendere tutte le facoltà riconosciute e sanzionate dalla legge civile (1).

Noi non vogliamo allungarci a commentare l'articolo 11: notiamo solamente, che l'interpretazione ad esso data dai giureconsulti, e la maniera con cui è stato applicato, hanno eliminati gl'inconvenienti, che derivano dalla sua redazione. Infatti interpretandolo benignamente, si è arrivato a conchiudere che il diritto della proprietà immobiliare e i diritti secondarii che ne derivano, il diritto di stare personalmente in giudizio, il diritto di contrarre matrimonio anche con una francese, ed altri diritti civili appartengono agli stranieri indipendentemente da qualunque trattato. Tantochè la disposizione dell'articolo 11, che sarebbe indeterminata se si volesse tener conto della lettera, valutando lo spirito della legislazione, è stata applicata solamente a certi diritti espressamente negati dalla legge francese allo straniero per ragione di reciprocità, come sarebbero il diritto di farsi attore in giudizio senza prestare la cauzione *judicatum solvi;* il diritto di succedere *ab intestato* e di ricevere per donazione o per testamento; l'esclusione dal beneficio della cessione giudiziaria; la sottomissione di pieno diritto all'arresto personale (2) e quindi si è arrivato a conchiudere che lo

(1) Locré, t. II, pag. 113. — Demangeat, op. cit., n. 56.

(2) La legge del 10 settembre 1807 e 17 aprile 1832 sull'arresto personale.

straniero gode in Francia di tutti i diritti civili che sono concessi ai cittadini, eccettuati solamente quei diritti che espressamente gli sono negati con speciali disposizioni della legge.

Notiamo finalmente che le disposizioni relative al diritto di succedere, le quali sono consacrate negli articoli 726 e 912 del Codice Napoleone, furono modificate colla legge del 14 luglio 1819. L'articolo 726 applica testualmente l'incapacità generale dell'articolo 11 al diritto di raccogliere un'eredità in Francia, e l'articolo 912 stabilisce, che non si può in nessuna guisa disporre in favore di uno straniero, che nel caso in cui questi possa disporre in favore di un francese. Questi due articoli riproducono sotto altra forma il diritto di albinaggio, che si era voluto proscrivere: e benchè, come fa notare lo Zaccaria (1), grande sia la differenza tra il diritto di albinaggio e quello determinato dai citati articoli, pure è indubitato, che furono la conseguenza della dottrina del medio-evo. La legge del 1819 corresse tale anomalia, dichiarando che gli stranieri potevano succedere, ricevere e disporre in tutta la Francia allo stesso modo che i Francesi, senza condizione di reciprocità, salvo il caso di divisione della stessa eredità tra coeredi francesi e stranieri, chè allora i coeredi francesi potevano prelevare sui beni esistenti in Francia una porzione eguale al valore dei beni esistenti in paese straniero da cui sarebbero esclusi a qualunque titolo in virtù di leggi o di costumi locali.

Bisogna pure notare che agli stranieri sono stati poi concessi in Francia varii diritti con leggi speciali. Citeremo tra le altre: Il decreto del 16 gennaio 1808 che loro conferì il diritto di acquistare le azioni della Banca di Francia (art. 3°). La legge del 21 aprile 1810 che loro permise di ottenere una concessione di miniere. Il decreto 5 febbraio 1810 che loro accordò il diritto di proprietà letteraria e d'invenzione se avessero ottenuto il brevetto. Il decreto del 28 marzo 1852 che punisce come delittuosa la falsificazione di opere straniere in Francia. La legge del 28 marzo 1853 che autorizza gli stranieri a versare i

---

sospesa col decreto del 9 e 12 marzo 1848, ristabilita con la legge 13 dicembre 1848, è stata abrogata con la legge del 22 luglio 1867.

(1) Zaccaria, *Droit civil français*, t. I, § 60.

loro fondi alla Cassa di risparmio. La legge del 5 luglio 1844 che loro concede il diritto di ottenere i brevetti d'invenzione in Francia. La legge del 23 giugno 1857 che assicura alle marche di fabbriche straniere la stessa protezione che alle marche francesi, ecc.

Altri diritti sono stati pure riconosciuti dai Tribunali a vantaggio degli stranieri. Così rammentiamo che le Corti e la Cassazione hanno deciso che lo straniero stabilito in Francia, benchè non naturalizzato nè autorizzato dal Governo a stabilirvi il domicilio, possa godere del diritto di pascolo e legnatico nel Comune in cui ha il domicilio di fatto e ove è proprietario delle terre che coltiva (1).

In conseguenza di tali concessioni e larghe interpretazioni della legge si ha ragione di dire che la differenza della condizione giuridica degli stranieri e dei Francesi per quanto concerne il godimento dei diritti civili non è molto rilevante.

16. Per quello che si riferisce alla condizione degli stranieri in Inghilterra nei tempi moderni avvertiremo, che questa parte di legislazione è stata ordinata ed armonizzata solamente durante il regno della regina Vittoria. Alcuni tentativi furono fatti sotto Giorgio II, ma restarono infruttuosi. Solo nel 1843 M. Hutt presentò alla Camera dei Comuni un *bill* per modificare la condizione degli stranieri e riformare la legislazione in proposito. La Camera dei Comuni giudicò le proposte come aventi forma troppo liberale, ed il *bill* fu rigettato, esprimendo però il desiderio di rivedere questa parte di legislazione e di diminuire i gravami imposti per la naturalizzazione. Fu perciò nominata, sulla proposta dello stesso M. Hutt, una Commissione per studiare quella parte di legislazione che si riferiva agli stranieri e per proporne le opportune modificazioni. La Commissione fece il suo rapporto e le sue proposte il 2 giugno 1843, e dopo una lunga discussione la condizione degli stranieri fu determinata dallo statuto 7 e 8 della regina Vittoria promulgato il 6 agosto 1844, art. 7 e 8.

Questo statuto modificò molte disposizioni, altre ne abrogò: determinò le condizioni richieste per ottenere la naturalizzazione ed

---

(1) Besançon, 25 juin 1860 e Cass., 31 déc. 1862 (Com. de Trevillers), Dalloz, 60, 2, 151; 63, 1, 5 e Metz, 25 nov. 1863 (Dave), Dalloz, 65, 2, 224.

accettò molte delle proposte del Comitato, tranne quella di rendere gli stranieri capaci di possedere beni immobili in Inghilterra; capacità che la politica ombrosa e non motivata del Parlamento non volle accordare (1).

Tralasciamo di esporre come la legislazione inglese abbia regolato i diritti degli stranieri, e solo noteremo che la loro condizione giuridica è stata legalmente determinata nel 1844 durante il regno della regina Vittoria e notabilmente migliorata dallo statuto 11°, cap. 20 Vict., e dalla legge più recente del 1870, st. 33, e 34 Vict., c. 14 (*Naturalization act*).

Codesta legge concesse agli stranieri la capacità di acquistare proprietà fondiaria negli Stati Uniti della Gran Bretagna e negò loro soltanto la facoltà di divenire proprietari di navi inglesi; per le colonie poi lasciò alle legislature locali di regolare i diritti degli stranieri ad acquistare ivi *latifondi*. Però gli stranieri che diventano proprietari di terra nella Gran Bretagna non acquistano il diritto di suffragio nè per le elezioni politiche nè per le amministrative, e non possono adempiere un ufficio pubblico. Se sono domiciliati in Inghilterra da 10 anni è loro concesso di essere giurati, e se dovessero essere giudicati in materia criminale non si richiede il *jury de medietatae linguae* (2).

I modi per acquistare la cittadinanza inglese, o per ricuperarla quando uno l'avesse perduta furono pure regolati da più liberali principii come diremo in seguito.

Negli altri paesi si tende generalmente a fare sparire a mano a mano la differenza fra cittadini e stranieri in materia di diritto privato. Gl' interessi medesimi, che altra volta suggerivano di esclu-

(1) Le Baron, *Le code des étrangers.* —Westoby, *Résumé de la législation anglaise.*

(2) Per un uso ammesso durante il regno di Eduardo III, e conservato per molti anni in tutte le cause civili, commerciali e penali ch'erano sottoposte al *jury*, gli stranieri godevano il privilegio che il *jury* fosse composto metà di compatrioti e metà d'inglesi, *jury de medietatae linguae*. Lo statuto 6 e 50 di Giorgio IV abrogò il privilegio per le cause in materia civile e commerciale, ed il *jury de medietatae linguae* fu conservato soltanto per le cause in materia criminale.

dere gli stranieri dal godimento di certi diritti, e di guardarli con diffidenza facendo ai cittadini una condizione giuridica privilegiata a titolo di proteggere il commercio e l'industria nazionale, suggeriscono oggi di non fare dell'ineguaglianza un'arme di protezione. Alcuni Stati, tra i quali vanno annoverati l'Austria (1) e gli Stati Germanici (2), fanno tuttora dipendere l'uguaglianza dalla condizione della reciprocità. Altri proclamano l'uguaglianza come regola, ma sanciscono alcune eccezioni: così è in Olanda secondo l'art. 9 della legge 15 maggio 1829 che dispone che il diritto civile del reame è lo stesso tanto per gli stranieri quanto per gli Olandesi, a meno che la legge non abbia espressamente dichiarato il contrario (3).

17. Per quello che si riferisce alla condizione attuale degli stranieri dinanzi alla legislazione nostra dobbiamo osservare, che il Codice civile italiano promulgato dopo la costituzione del Regno d'Italia, ha fissato definitivamente la loro condizione ammettendo a loro riguardo principii liberali, che sono il completamento delle nostre tradizioni di libertà rispetto ai medesimi.

Il nostro legislatore non solo ha equiparato la condizione dello straniero a quella del cittadino per ciò che si riferisce al godimento dei diritti civili (art. 4), ha preso una lodevole iniziativa avendo voluto codificare altresì i principii con cui devono applicarsi le leggi straniere, e stabilire alcuni criterii per risolvere i conflitti delle legislazioni, delle quali innovazioni valuteremo meglio la ragionevolezza nei capitoli seguenti.

In verità presso di noi non sono state mai adottate le enormezze, che formavano la ragione comune degli altri Stati di Europa: e specialmente i diritti di albinaggio e di naufragio. Nell'antico Regno delle Due Sicilie troviamo fin dai tempi di Federico Svevo due costituzioni da cui sono tratte le autentiche *Omnes peregrini* e *Navigia*, l'una sotto il titolo del Codice *Communia de successionibus*, l'altra

---

(1) Codice austriaco, art. 33.
(2) Codice prussiano, introduzione, art. 41 a 43.
(3) Cofr., Asser, *Revue du droit international*, tom. I, p. 113.

sotto quello di *De furtis et servo corrupto* (1). Colla prima quell'Imperatore, mentre dava piena facoltà agli stranieri di testare, aboliva la successione degli ospiti mettendo a cura dei vescovi locali di consegnare i beni agli eredi. Coll'altra abrogava l'universale consuetudine d'impadronirsi degli avanzi del naufragio. Anche sotto Carlo V noi troviamo generose disposizioni in favore dei naufraghi (2). Quando poi nella maggior parte delle contrade di Europa il diritto di appropriarsi i beni degli stranieri era considerato come un vero diritto di regalia, presso di noi l'albinaggio si applicava solamente ai cittadini di quelli Stati che lo praticavano a danno dei nostri connazionali. Così era nell'antico Regno delle Due Sicilie, ove prima della promulgazione del Codice che stabilì come regola la reciprocità (art. 9), l'albinaggio era proscritto in virtù dei trattati esistenti con molti Stati.

Nella collezione delle prammatiche, sotto il titolo di *foedera*, si trovano infatti molti trattati stipulati per riconoscere la mutua capacità di succedere tra i rispettivi nazionali: come sarebbe in quelli fatti colla Svezia, con l'Olanda, con la Danimarca con la Porta Ottomana, colla Russia ed in quello tra Luigi XV e Carlo III di Spagna nel 1762.

Non vogliamo negare che anche gli stranieri, cui era concesso il diritto di succedere e di possedere beni non fossero soggetti a certe disposizioni gravose. Tali erano, per esempio, la *gabella haereditaria* che consisteva in un diritto di detrazione cui erano soggetti gli stranieri ammessi a succedere nel Regno delle Due Sicilie, o che a qualunque titolo vi acquistavano beni. Tale diritto fu abolito per ragione di reciprocità, rispetto ai sudditi austriaci con una convenzione conchiusa a Vienna il 19 aprile 1844, e rispetto ai sudditi di molti altri Stati con trattati successivi. I forestieri poi possessori di beni e domiciliati all'estero erano tenuti ad una contribuzione fiscale straordinaria, detta diritto di *valimento*, e pel timore che non frodassero il fisco con simulate vendite della loro proprietà ai nazionali, non era loro permesso di alienarla ai cittadini dimoranti nel regno

(1) Cod., lib. IV, tit. 59, tit. 2.
(2) Rocco, *Diritto civile internazionale*, parte 1ª, cap. 4.

senza aver prima ottenuto il reale beneplacito. Tale provvedimento che fu preso da Vittorio Amedeo nel 1714 per la Sicilia, fu adottato poi anche a Napoli; anzi nel 1745 fu stabilito che l'effettiva e reale alienazione a pro dei nazionali non valeva a togliere i gravami cui erano soggetti i beni degli stranieri, se non per grazia sovrana o per transazione col fisco.

Quando nell'antico Regno delle Due Sicilie, alle costituzioni, ai capitoli, alle prammatiche, alle consuetudini, generali e locali, fu sostituito il Codice (26 marzo 1819), il legislatore consacrò il sistema della stretta reciprocità. Nell' articolo 9 del citato Codice si trova scritto: Appartenendo ai nazionali del Regno delle Due Sicilie l'esercizio così dei diritti civili, come dei diritti politici, compete l'esercizio dei soli diritti civili:

« 1° Agli stranieri per quei diritti che la nazione cui essi appartengono accorda ai nazionali: salve le eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo;

« 2° Agli stranieri ammessi dal governo a stabilire il loro domicilio nel Regno per tutto quel tempo che continueranno a risiedervi. »

E nell'articolo 617 è scritto: « Uno straniero è ammesso a succedere nei beni che lo straniero o nazionale possedeva nel territorio del Regno in conformità dell'articolo 9, n° 2. »

Da tali articoli si conchiude che i forestieri cui era dato fissare il loro domicilio nel Regno di Napoli, erano considerati giuridicamente come capaci di godere di tutti i diritti civili e quindi di fare testamento, succedere, stare in giudizio, contrattare, alienare, ecc., la quale facoltà era pure concessa agli esteri non aventi domicilio nel Regno, ma a reciprocità.

18. Nelle legislazioni che vigevano negli altri Stati, in cui era divisa l'Italia, a riguardo del godimento dei diritti civili concesso agli stranieri, predominava il sistema della reciprocità, dalla quale erano pure determinate le norme per le successioni. Noi vogliamo solo qui riferire qualche disposizione particolare che non si trova nel Codice delle Due Sicilie. L'articolo 26 e 27 del Codice Albertino per gli Stati di Sardegna è nello spirito conforme all'articolo 9 e 647 del Codice delle Due Sicilie: l'articolo 28 ha una disposizione tutta speciale. Esso dice:

« Non potranno gli stranieri acquistare, nè prendere a pegno, ad affitto, a colonia beni stabili nel territorio dello Stato, i quali sieno situati ad una distanza minore di cinque chilometri dai confini, sotto pena di nullità del contratto. Non potranno similmente i beni che si trovano in tale condizione aggiudicarsi ad alcuno straniero in pagamento dei suoi averi, ma dovranno sempre i detti beni venire subastati, e lo straniero sarà soddisfatto sul prezzo. Il tutto senza pregiudizio delle maggiori proibizioni per alcuno degli Stati stranieri stabilite coi trattati. »

L'articolo 702 del citato Codice poi dispone: « Lo straniero che « possiede beni nello Stato, può disporne per testamento anche in « favore di uno straniero, a norma dell'articolo 26 (*che sanziona il « sistema della reciprocità*). Nel caso poi che non potesse disporre « a norma di detto articolo, potrà nulla di meno disporre a favore di « un suddito ».

Nel Codice per gli Stati di Parma e Piacenza si trova scritto all'articolo 1402: « Non possono essere compratori nemmeno all'asta « pubblica, sotto pena di nullità del contratto, nè direttamente, nè per « interposta persona, i forestieri per rispetto ai beni stabili, quando « loro non siane guarentita la facoltà dai trattati e dalle dichiarazioni, « o quando non ne abbiano ottenuto anteriormente il beneplacito ». E l'art. 619, comma 5, dispone: « Il forestiero che avrà fatto acquisti « di beni stabili in questi Ducati, qualora non possa giovarsi di quanto « è disposto nell'art. 32 (*che sanziona il sistema della reciprocità*), « potrà disporre anche per testamento, purchè disponga in favore di « un cittadino di questi Stati ».

Nella legislazione toscana noi troviamo primieramente favorita la condizione dei forestieri solo per allettarli a certi centri di commercio. Sono celebri, sotto questo questo rispetto, le leggi di Ferdinando I, per attrarre i forestieri al porto di Livorno (*L. del* 10 *giugno* 1593). Circa poi la capacità dei forestieri ad acquistare beni stabili o a riceverli per liberalità testamentaria, o per legittima successione dei nazionali, prevalse il sistema della reciprocità, sanzionata dal motu-proprio del 1784 e dalla legge del 18 agosto 1814. L'articolo 30 di detta legge dice: « Tutti i forestieri appartenenti ad un paese in cui i

« sudditi delli Stati di Toscana non vengono esclusi dalle successioni,
« sono abilitati a succedere nelli Stati di Toscana nel modo stesso col
« quale succedono i sudditi medesimi ». Ma più tardi la capacità degli stranieri a succedere ed acquistare in Toscana fu notabilmente modificata dal sovrano motu-proprio dell'11 dicembre 1835, il quale abolì quasi completamente il sistema della reciprocità, riconoscendo che lo escludere gli esteri dalle successioni per diritto di ritorsione era contrario ai veri interessi dello Stato.

L'articolo 1° del citato motu-proprio dice: « Li esteri, a qua-
« lunque nazione appartengano, saranno ammessi nell'avvenire a suc-
« cedere in tutta l'estensione del territorio dei nostri Stati nelle ere-
« dità testate ed intestate, e ad acquistare per qualunque titolo, anche
« lucrativo, alla pari dei nostri sudditi e nel modo stesso ed ai mede-
« simi effetti *senza che ad alcuno di essi possa opporsi la esistenza*
« *di leggi che inabilitino i Toscani a succedere ed acquistare nello*
« *Stato a cui appartiene* ».

Il liberale principio sanzionato dall'art. 1° era poi modificato nel solo caso di concorrenza di coeredi toscani e stranieri dall'articolo 2.
« Nel caso di divisione di una successione deferita per atti di ultima
« volontà o per disposizione della legge ad eredi toscani e stranieri e
« composta di beni situati parte in Toscana, parte all'estero, gli eredi
« toscani potranno prelevare sui beni situati nel granducato una por-
« zione eguale ai beni posti in paese straniero, e dai quali per leggi o
« statuti di quel paese vengono esclusi, e tale disposizione si appli-
« cherà pure agli eredi per titolo singolare ed ai legatari ».

Nel ducato di Lucca l'articolo 53 del decreto relativo alle successioni del 22 novembre 1818 stabilì: « I forestieri appartenenti ad
« uno Stato in cui i sudditi dello Stato di Lucca non sono esclusi dalla
« successione, sono ammessi a succedere nello Stato di Lucca nel
« modo stesso col quale succedono i sudditi lucchesi ».

Notiamo inoltre che, secondo il Regolamento legislativo sanzionato da Gregorio XVI e vigente nello Stato pontificio fin dal 1° gennaio 1835, è stabilito, tit. II, art. 8: « Gli stranieri sono capaci di suc-
« cedere all'eredità testata o intestata e di acquistare nello Stato
« pontificio se, e come per le leggi vigenti nei paesi esteri, saranno

« capaci di succedere e di acquistare i sudditi pontifici, salve le con-
« venzioni politiche e i trattati ».

Finalmente a norma dell' art. 9 del titolo preliminare, Codice civile pel cantone Ticino, è dichiarato: « Le leggi favoriscono ed obbli-
« gano anche lo straniero in quanto soggiorna, contratta, possiede o
« può acquistare nel cantone. Per godere però del beneficio della
« legge dovrà provare lo straniero che i Ticinesi sono ammessi ad
« eguali diritti nello Stato cui egli appartiene. Lo straniero è sempre
« escluso da quei diritti il cui esercizio richiede essenzialmente la
« qualità di cittadino ticinese ».

Qualunque siano state le limitate restrizioni imposte agli stranieri secondo le legislazioni che vigevano nelle diverse regioni italiane prima dell'unificazione, è un fatto riconosciuto da tutti, che il Codice italiano ha dato un nobile esempio di giustizia equiparando gli stranieri ai cittadini nel godimento dei diritti civili. Non avendo subordinato tale completa assimilazione ad alcuna condizione di reciprocità, si può dire con ragione, ch'esso sia stato il primo tra i codici moderni a proclamare i diritti privati dell'uomo determinati e retti dalla propria legge, come diritti della personalità umana indipendenti dalle relazioni territoriali.

In questo il nostro legislatore non è stato certamente preceduto da altri, e dobbiamo rammentare quello che opportunamente scrisse il Pisanelli nella relazione circa le disposizioni di Diritto internazionale privato del nuovo Codice presentato al Parlamento:

« Tre stadi ha percorso la legislazione su questo punto. Dapprima, considerandosi la persona giuridica come fattura della legge, lo straniero è stato escluso da ogni partecipazione di diritto. La comune utilità ha fatto in appresso temperare quella esclusione dal principio di reciprocanza; questo principio informava la legislazione francese.

« Ma in questi tempi, in cui gli stranieri si avvicendano nei varii Stati con tanta frequenza, il cercare nelle loro legislazioni e nei trattati la misura dei loro diritti non era giusto nè utile.

« La giustizia e l'utilità suggerivano di riconoscere e proclamare il grande principio, che il diritto privato appartiene all'uomo, e di ammettere indistintamente alla piena partecipazione di esso così i

nazionali che gli stranieri. Ciò ha fatto il nuovo Codice italiano (art. 3), e sono certo che le disposizioni di esso, su questo punto, faranno il giro del mondo » (1).

---

(1) Questo voto è stato confermato dall'Istituto di diritto internazionale il quale, nella sua sessione di Oxford, deliberò di eccitare tutti gli Stati civili a mettere la loro legislazione in armonia con la seguente regola:

L'étranger, quelle que soit sa nationalité ou sa religion, jouit des mêmes droits civils que le régnicole, sauf les exceptions formellement établies par la législation actuelle.

Vogliamo notare che sotto la denominazione *Droits civils* l'Istituto intese comprendere tutti i diritti che non sono politici o derivanti da essi.

CAPITOLO III.

Considerazioni storiche sul rapporto di sudditanza.

19. Origine del rapporto di sudditanza nel medio evo. — 20. Del concetto della sudditanza dopo Carlomagno. — 21. Del fondamento della sudditanza in Inghilterra. — 22. Negli Stati moderni la sudditanza è stata diversamente considerata a seconda della prevalenza del diritto feudale o del diritto romano.

19. La sudditanza è uno dei principali rapporti che determina la subordinazione dell'individuo all'autorità sovrana ed alla legge del suo paese. Essendo stato duplice il sistema seguito nel determinare il fondamento di questo rapporto, noi stimiamo indispensabile di premettere alcune considerazioni storiche onde chiarire la ragione dei sistemi.

Nel medio evo due furono gli elementi da cui derivò la sudditanza, e molto bene distinti nelle due parti di popolazioni soggette ai Franchi ed agli altri re barbari. I Franchi, che si considerarono in tutto eredi dei diritti dell'impero, imposero il giuramento di fedeltà ai loro sudditi, ed a preferenza a quelli che abitavano le città, imitando gl'imperatori romani, i quali obbligavano al giuramento i cittadini e gli abitanti delle provincie. Il giuramento di fedeltà fu una delle forme con cui si stabilì il rapporto di sudditanza, perchè esso legava indissolubilmente il cittadino al suo sovrano.

L'altro fattore della sudditanza fu l'effetto delle tradizionali abitudini delle tribù germaniche (1). Codeste tribù erano ordinariamente guidate da un capitano, circondato da guerrieri che a lui volontariamente si consacravano con fedeltà e con sottomissione. Essi divennero, rispetto al loro capo, i suoi fidi compagni d'arme, e questa unione, che ad esso li avvinceva, divenne sempre più stretta, quando da lui cominciarono a ricevere qualche benefizio, e si sentirono obbli-

(1) Vestlake, *Conflict of Laws*, chap. 2.

gati ad essergli fedeli per riconoscenza e per gratitudine. Questi benefizi prima consisterono in doni ed onori; come erano il sedere a tavola col loro duce o l'ottenere da lui armi, cavalli e simili presenti; poscia, quando i capi mediante le conquiste fatte a danno dell'impero divennero possessori di terre, le divisero tra i loro fidi, e così questi ottennero certe porzioni di terra, che poi si dissero feudi, e rimasero fedeli e sottomessi al loro signore per obbligo di riconoscenza e di gratitudine.

In seguito, fra le violenze e la generale confusione divenne sempre più difficile anche per i proprietari allodiali ed indipendenti di difendere i loro beni senza mettersi sotto la protezione di un signore: lo che essendo avvenuto, fece sì che a poco a poco si organasse il regime feudale. « Così, scrive il Guizot, si formò gradatamente quella gerarchia di proprietà e di persone che doveva divenire la feudalità; così per la divisione progressiva dei benefizi si estese di giorno in giorno questa serie di vassalli e sottovassalli legati gli uni agli altri da obbligazioni simili, di cui era principale obbligo la fedeltà che formava il titolo del loro possesso. Benchè nel loro concatenamento graduale da intermediario ad intermediario, queste obbligazioni legassero al sovrano la maggior parte dei benefiziati, e imponessero loro certi doveri diretti o indiretti di fedeltà, pure in una società violenta e dappoco questa relazione era così rimota e sì poco potente che la sudditanza e l'unità della monarchia non potè realizzarsi. I rapporti più efficaci erano i più immediati e i personali, che corrispondevano alle antiche abitudini delle tribù germaniche. Come queste non sentivano altra devozione che verso il condottiero della banda, così i vassalli non conobbero altri che il loro signore » (1).

20. Carlomagno, per legare più direttamente i sudditi alla sua persona ed al suo potere, tentò di rompere la gerarchia feudale, mettendosi in comunicazione diretta e senza intermediari cogli uomini liberi, facendo predominare la relazione tra re e cittadini su quella di vassalli e signori. Egli si sforzò di mutare il concetto di fedeltà, e mentre fino allora essa si era considerata come un'obbligazione personale

(1) Guizot, *Essai sur l'histoire de France*, p. 105.

dell'uomo libero verso il suo capo, quasi ricompensa dei vantaggi e della protezione che ne otteneva, dopo gli ordinamenti di Carlomagno divenne un'obbligazione pubblica e fu reclamata in nome della sovranità senza alcuna considerazione dei benefizi che se ne fossero ottenuti. La sovranità cominciò così ad affrancarsi dalla gerarchia feudale e a mostrarsi come potere pubblico esistente per suo proprio diritto, onde si modificò l'idea del rapporto di sudditanza. Però il concetto di Carlomagno non potè realizzarsi, perchè i proprietari inferiori non sapevano concepire la sudditanza al sovrano trascurando quella del signore del feudo, con cui erano in rapporto immediato; e perciò, nei suoi statuti ed in quelli di san Luigi, non fu definito quale parte dovesse prendere il vassallo nel caso di una contesa fra i suoi successivi superiori (1).

21. Nell'Inghilterra la storia del rapporto di sudditanza seguì le stesse fasi. Secondo alcuni fu Edmondo che dimandò il primo il giuramento a tutti gli uomini liberi; ma è certo, che nella collezione delle sue leggi non si trova nulla in proposito, e che i re anglo-sassoni non lo resero obbligatorio. Quegli che veramente obbligò tutti i liberi possidenti a prestare un giuramento personale al re, fu Guglielmo il Conquistatore. Un documento, riferito da Guizot all'anno 1071, conosciuto sotto il nome *carta de quibusdam statutis*, ci attesta, che Guglielmo impose il giuramento di fedeltà, il quale fu effettivamente prestato nel 1086 da tutti i proprietari di terre in tutte le contrade d'Inghilterra. Anzi mentre Carlomagno non aveva definita la forza comparativa del giuramento prestato a lui e di quello che ciascun vassallo prestava al proprio signore, Guglielmo impose il giuramento di fedeltà a lui escludendo che potesse essere più efficace quello prestato a qualunque altro uomo. Quest'esempio fu seguito da Federico Barbarossa, il quale nella Dieta di Roncaglia (1158) stabilì che nel giuramento di fedeltà che il vassallo prestava al signore, dovesse nominativamente essere inclusa la persona del re.

Queste brevi considerazioni storiche sull'origine del rapporto di sudditanza ci spiegano la naturale tendenza a considerare tale rap-

(1) Vestlake, luogo cit.

porto come qualche cosa di geografico e territoriale. Infatti il titolo originario della fedeltà, da cui derivò la sudditanza, fu il possesso della terra. Anche nel giuramento prestato poi al re la fedeltà si considerò sulle prime come connessa al suolo, e l'obbligazione personale come limitata nell'estensione del territorio: tanto che si dinotarono sotto il nome di sudditi e non sudditi, quelli nati dentro o fuori il termine dello Stato. Da ciò derivò che quelle nazioni che conservarono più tenacemente le tradizioni feudali considerarono i rapporti tra sovrano e suddito ristretti nel territorio, e perciò ammisero la massima: *leges non valent extra territorium*, di cui esamineremo le conseguenze esponendo i sistemi seguiti in questa materia. Nell'Inghilterra, per esempio, presso cui le tradizioni feudali si conservarono più tenacemente, la sudditanza si fece dipendere dall'essere nato dentro o fuori del reame, e questo principio si esagerò tanto, che si disse che i figli nati in Inghilterra da stranieri potevano aver diritto ai privilegi annessi alla qualità di suddito britannico, e che i figli nati da inglesi fuori del Regno Unito dovevano essere considerati come stranieri. Queste due massime si applicarono tanto rigorosamente che, facendo dipendere la sudditanza dal semplice fatto della nascita nei dominii del sovrano, si elevò il dubbio se il figlio del re nato accidentalmente fuori di essi potesse ereditare la corona. Il dubbio era logico. Eduardo III, stat. 25, dopo averlo eliminato assolutamente per l'erede della corona, stabilì, che tutti i figli nati all'estero da padre e madre inglesi dovessero godere il beneficio di potere accettare l'eredità in Inghilterra, purchè però la madre avesse passato il mare col permesso del marito (1).

22. Questa tendenza a considerare la sudditanza come qualche cosa di geografico non fu accettata presso quelle nazioni che modificarono le tradizioni feudali coi principii del diritto romano. La cittadinanza presso il popolo romano era il più grande privilegio, e la sudditanza il più grande onore, e quando risorse lo studio del diritto romano si cominciò a comprendere che questa dovesse considerarsi piuttosto come un beneficio volontariamente accettato, che come un legame

(1) Vestlake, *The conflict of Laws*, chap. 2.

necessariamente imposto. Perciò essa si fece dipendere più dall'elezione volontaria dell'individuo che dal fatto materiale della nascita. Il diritto romano, che personificava quasi tutti i diritti di famiglia nella persona del padre, stabiliva che il fanciullo dovesse seguire la condizione del padre, e che dovesse considerarsi cittadino non già del luogo in cui fosse nato, ma di quello in cui avrebbe dovuto nascere: *est autem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte alibi natus esset matre in peregrinatione parturiente* (1).

In conformità di questo principio molti codici moderni hanno ammesso, che la cittadinanza è un diritto personale dell'uomo, che dipende principalmente dalla sua libera elezione, e che a coloro, che non sono in grado di manifestare la loro volontà, dev'essere attribuita tenendo conto dei vincoli di sangue e dei rapporti di famiglia, perchè la più ragionevole presunzione è che ciascuno voglia avere la stessa patria del di lui padre. Conseguentemente è stato stabilito dalla legislazione francese, che l'individuo nato all'estero da padre francese debba considerarsi francese, perchè si presume, secondo riflette il Vattel, che ogni fanciullo voglia appartenere alla stessa nazione di suo padre (2). E tanto è vero che quella legge fece dipendere la scelta della nazionalità dalla libera elezione dell'individuo, che riserbò pel fanciullo nato all'estero la facoltà di scegliere la nazionalità del luogo in cui era nato, facendone la dichiarazione alla maggiore età.

Questo modo diverso di considerare la sudditanza dette origine ad un altro sistema per determinare i rapporti tra sovrano e suddito; e mentre il primo li faceva dipendere dal territorio e li limitava nell'estensione del territorio, il secondo facendoli derivare dalla libera volontà dell'individuo li considerò come permanenti fino a dichiarazione in contrario, e li fece valere anche fuori del territorio.

(1) Voet *Ad Pand.*, V, 1, § 91.

(2) « .... l'on présume de droit que chaque citoyen en entrant dans la société réserve à ses enfants le droit d'en être membres.... » *Droit des gens*, l. 1, § 212, 215.

CAPITOLO IV.

Esame critico dei sistemi degli scrittori.

23. Rigorosi principii della territorialità delle leggi. — 24. Temperamenti apportati per comune utilità. — 25. Teoria degli statuti personali e di quelli reali. — 26. Difficoltà sorte tra i seguaci della stessa dottrina. — 27. Esame critico del sistema. — 28. Sistema della preferenza della legge presuntivamente accettata dalle parti e sua critica. – 29. Insufficienza delle *sententiae receptae*. — 30. Dottrina del Fœlix. — 31. Sistema dello Schaeffner. — 32. Sistema del Savigny.

Varii sono stati i sistemi proposti dagli scrittori per determinare i limiti dell'autorità di ciascuna legge.

23. Il più antico sistema è quello che parte dall'idea che tutti gli Stati debbano considerarsi isolati, ed esagera il principio generale, il quale ammette che ciascuno di essi eserciti solo ed esclusivamente la sua autorità e giurisdizione in tutta l'estensione del territorio. È chiaro, scrive il Rodenburgo, che nessun governo può dare autorità alle sue leggi fuori del suo territorio: *Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini: idque si fecerit quis impune ei non pareri: quippe ubi cesset statutorum fundamentum, robur et jurisdictio* (1), ed il Boullenois dice: In diritto stretto le leggi che fa ciascun sovrano non hanno forza ed autorità che nell'estensione dei suoi dominii (2), e P. Voet: *Nullum statutum sive in rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium* (3).

Esagerando tali principii veri sotto un certo dato rispetto, hanno dedotto immediatamente, che le leggi di ciascun sovrano obbligano e

---

(1) Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, cap. 3, § 1.

(2) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Observation 10, p. 152. Principes généraux sur les statuts, p. 2.

(3) Voet, *De stat.*, cap. 2, § 4.

regolano di pieno diritto tutte le proprietà tanto immobili che mobili che si trovano nel territorio nazionale: tutte le persone che vi abitano, sieno pure cittadini nati, o naturalizzati, o stranieri: e altresì tutti gli atti acconsentiti o compiuti nella circoscrizione dello stesso territorio. Perciò ciascun sovrano ha il potere di stabilire le condizioni sotto le quali il dominio e il possesso dei beni mobili ed immobili si acquista e si esercita, e le condizioni con le quali essi possono essere trasmessi, alienati o espropriati. La stessa legge determina la capacità giuridica delle persone che si trovano nel territorio: e la validità dei contratti e degli atti di qualunque natura, che possono avere origine nei limiti dello stesso: e le condizioni sotto le quali possono essere intentate le azioni: ed il modo di amministrare la giustizia. Questa dottrina fu accettata dai più valenti giurisperiti, dal D'Argentré, dal Voet, dal Burgundio, dal Boullenois e dallo Story (1).

24. Le altre conseguenze che i citati scrittori deducono dagli stessi principii generali sono, che nessun sovrano possa regolare colle proprie leggi direttamente gli oggetti esistenti fuori dei suoi dominii, quand'anche appartenessero ai propri sudditi, o esercitare giurisdizione sui cittadini che dimorino fuori del territorio, o dare un valore estraterritoriale alle proprie leggi, senza offendere direttamente l'indipendenza e la sovranità degli altri Stati. Tutta la ragione ne è data dal D'Argentré: *Omnis enim potestas extra fines potestatis attributæ privata est persona, et finit potestatis finitæ jurisdictio et cognitio* (2).

Questi principii furono il punto di partenza di tutte le false teorie che furono escogitate onde risolvere i conflitti delle legislazioni. Però fin dalle prime gl'inconvenienti furono avvertiti dagli stessi propugnatori di tale dottrina. Essi cominciarono a considerare che, applicando le massime, che derivano dal diritto stretto, ne seguiva l'incertezza e l'indeterminazione di tutti i diritti. Lo stesso Rodenburgo osservava, che, se i diritti della persona dovessero regolarsi secondo la legge del luogo in cui essa andasse a dimorare, lo stato dell'uomo varierebbe ad

(1) Story, *Conflict of Laws, general maxims.*

(2) D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, art. 218, gl. 6, n. 11.

ogni viaggio; lo che non si può ammettere, perchè è contraditlorio che uno allo stesso tempo possa essere qui maggiore, lì minore, qui sotto la patria potestà e lì emancipato, qui *alieni* e lì *sui juris* (1). Si pensò quindi che per la comune utilità, e per una specie di necessità sociale, fosse indispensabile di rendere lo stato delle persone certo e stabile, e di modificare i principii di diritto stretto con la *comitas gentium*.

Rifletteva il Bouhier che, benchè nessuna legge dovesse avere un valore estraterritoriale, pure l'interesse particolare dei popoli limitrofi la cortesia, la mutua benevolenza e la considerazione che le proprie leggi in simili casi avrebbero lo stesso vantaggio, consigliava di fare alcune eccezioni ai principii assoluti, e di estendere l'autorità di certe leggi oltre i limiti del territorio di ciascun sovrano. Tale estensione, diceva egli, devesi ammettere tutte le volte che l'interesse e l'utilità comune lo esiga, e devesi considerare consigliata dalla *comitas gentium* (2).

Questo temperamento fu ammesso da parecchi scrittori. Erzio. Hubero, Boullenois, Kent, Livermore (3) ed altri accettarono che i principii di stretto diritto dovessero modificarsi per la comune utilità.

Venne quindi il bisogno di classificare le leggi che doveano avere un valore estraterritoriale e quelle che doveano valere nel territorio solamente, e così ebbe origine il sistema degli statuti. I giurisperiti europei si sforzarono di fare una classificazione di tutte le leggi, cercando di desumerla dalla stessa natura delle medesime. Ammettendo come di utilità comune il rendere stabile la condizione giuridica delle

---

(1) RODENBURG, *De Jure quod oritur e statutorum diversitate*, t. 1, cap. 3, § 4.

(2) BOUHIER, *Coutumes de Bourgogne*. Observations, chap. 23, §§ 62-63.

(3) HERTIUS, *De collisione legum*, § 4, n. 3 e 4. — HUBERUS, *De conflictu legum*, lib. I, tit. 3, § 2, pag. 538. — KENT, *Commentaries on American law*. — LIVERMORE, *Dissertations of the Contrariety of Laws*. — BOULLENOIS, *Observations*, 10.

La parola *statuto* fu adoperata per dinotare qualunque legge o regolamento che permettesse, ordinasse o proibisse qualche cosa. « Chaque disposition d'une loi ou règlement est un statut, qui permet, ordonne ou défend quelque chose ». (MERLIN, *Répertoire*, v. *Statut*).

persone, essi cercarono di dividere tutti gli statuti in due grandi categorie, in statuti personali, cioè, ed in statuti reali, secondochè direttamente alle persone o alle cose si riferivano. Lo statuto personale è così definito da Erzio (1): *In personam constituit lex quando personam afficit et quidem primarie; nihil enim obstat si secundarie et vi legis jus aliquid vel acquirendi rem vel disponendi de eadem tribuitur*. Così, per esempio, la legge che stabilisce la maggiorennità ai 25 anni è una legge personale, quantunque da essa derivi la capacità di disporre dei beni e di fare certi atti, perchè l'oggetto immediato della legge è la persona.

25. Denominarono poi statuto reale qualunque legge avesse per obietto diretto ed immediato le cose. *Realia sunt*, dice Voet, *quae rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponent, sive personae mentio facta sit, sive non; si modo primaria mens statuentis sit non de personis sed de rebus disponere* (2). Tali, per esempio, sono tutte le leggi successorie. Fatta questa distinzione, essi stabilirono la regola che gli statuti puramente personali, tanto universali che particolari, accompagnano la persona dovunque: ossia, che la persona ha dovunque lo stato particolare e universale che è determinato dalla legge del suo domicilio. Le leggi reali poi non hanno estensione che nei limiti del territorio di ciascuno Stato.

26. La teorica sembrò semplicissima e tale da togliere tutte le controversie, e fu accettata dalla gran parte dei giureconsulti. Il D'Argentré, il Rodenburgo, il Burgundio, il Voet, il Boullenois, il Molineo, lo Stockmans ed altri presero a base delle loro ricerche la distinzione su accennata, ma nell'applicazione pratica della regola sorsero tante difficoltà tra gli stessi suoi sostenitori, che non si arrivò ad eliminare le interminabili controversie. Come stabilire colle definizioni da essi date quando la legge sia reale, e quando personale? Alcuni, partendo dal principio, che le leggi determinanti i rapporti delle persone colle cose siano leggi reali, ammisero che i diritti di qualunque famiglia

(1) Hertius, *De collisione legum*, sect. IV, pag. 4.

(2) Voet, *Comment. ad Pand.*, tit. *de stat.* — Boullenois, *Principes génér.*, 18, 23, 27.

straniera sui propri beni, i diritti del padre sui beni del figlio, i diritti del figlio su quelli del padre, i diritti del marito sui beni della moglie e simili, dovessero essere regolati dalla *lex rei sitae*, perchè gli statuti che vi si riferiscono sono reali: altri, considerando che alcune di tali disposizioni modificano lo stato della persona, dissero che gli statuti doveano considerarsi come personali. Altri, e principalmente il D'Argentré, non potendo classificare certi rapporti giuridici sotto le due categorie su esposte, si fecero forti sostenitori degli statuti misti. Questa nuova classificazione fu accettata da G. Voet, da suo padre Paolo, da Vinnio e da altri; ma molti la combatterono, e ciò accrebbe le controversie tra i sostenitori della stessa dottrina.

Lasciando da parte le interminabili dispute a riguardo degli elementi costitutivi della realità e della personalità degli statuti, bisogna non pertanto riconoscere, che i glossatori e i giureconsulti medioevali gettarono con la loro teoria le prime basi della scienza del diritto internazionale. Avendo essi ammesso, che certi diritti privati dell' uomo doveano essere retti dalla legge, a cui la persona era soggetta, in qualunque territorio la persona stessa andasse a dimorare, vennero così a riconoscere l'autorità estraterritoriale di certe leggi. Questa fu una grande innovazione alla teoria feudale, che considerando i diritti dell'uomo subordinati al possedimento della terra, facea della personalità umana un accessorio del suolo. La scuola Bolognese, ed i più antichi glossatori italiani furono i primi a dare un indirizzo dottrinale alla scienza del diritto internazionale privato, ammettendo che certi diritti dovessero essere attribuiti all'uomo indipendentemente dalle relazioni territoriali, e che di questi ciascuna persona dovesse godere dovunque. Così al concetto della realità feudale, che conduceva a fare dell'uomo un accessorio del suolo, fu sostituito dai glossatori quello della personalità indipendente dal territorio, e retta dovunque dalle proprie leggi che essi denominarono *Statuti personali*.

Non giova dissimulare, che i criterii posti dai glossatori per determinare le leggi personali, quelle cioè che doveano accompagnare la persona dovunque, erano incerti e mal sicuri; che tale incertezza fu accresciuta da che Bartolo ed i suoi seguaci vollero trovare nella forma letterale e grammaticale della disposizione l'argomento principale onde

decidere quando lo Statuto dovesse ritenersi personale. Bisogna pure notare che l'aver voluto trovare nella *comitas gentium* la ragione principale, per la quale dovea attribuirsi agli statuti personali la podestà di regolare la persona dovunque, fu il principale impedimento alla formazione di un sistema scientifico. Ma, eccettuati questi ed altri difetti, è un fatto, che spetta ai glossatori italiani l'alto merito di aver dato un indirizzo scientifico, e dottrinale alla teoria dell'efficacia e dell'autorità delle leggi, ponendo il principio, che ha servito di fondamento alla scienza moderna, quello cioè dell'autorità estraterritoriale di certi leggi, e della personalità di certi diritti privati. Questo è il grande merito della scuola italiana. Il feudalismo avea immobilizzato il diritto delle persone subordinandolo alle relazioni territoriali, la scuola italiana, senza avere potuto risolvere il problema, pose il principio dall'estraterritorialità di certi diritti, e quindi dell'estraterritorialità delle leggi, che doveano tutelarli e garantirne il godimento (1).

---

(1) Tra gli scrittori i quali intrapresero a studiare la questione della concorrenza o dei conflitti degli statuti si devono ricordare tra i primi i due giuristi italiani: BARTOLO e BALDO.

Il primo di essi che nacque nel 1313 a Sasso Ferrato nella Marca di Ancona, e che morì di soli 46 anni, fu chiamato ai suoi tempi l'astro ed il luminare dei giuristi, il maestro dell'equità, la guida dei ciechi, e lasciò opere importanti che furono stampate a Venezia, in quattro volumi in-folio, nel 1499. Del conflitto degli statuti, egli tratta nella prima parte del commentario al Codice. Fu suo contemporaneo BALDO, nato nel 1324 e morto nel 1400, il quale lasciò pure opere importanti, comprese in quattro volumi in-folio.

Ad essi tennero dietro i *Glossatori*, i quali studiarono accuratamente l'argomento sopratutto nel XVI e XVII secolo. Sono importanti, tra le altre. le opere di ARGENTRÉ, *Commentarii in patrias Britonum leges.* — EVERHARD, *Consilia sive responsa juris.* — MOLINAEUS, *Comment. ad cod., conclusiones de statutis et consilium, 53.* — CHRISTINAEUS, *Commentarii in leges municipales Mechlinienses; e Practicarum quaestionum.* — HERTIUS, *De collisione legum.* — VOET PAUL, *De statutis et eorum concursu.* — VOET JOANNIS, nel suo *Commentario alle Pandette,* cap. *De statutis.* — ALBERICUS DE ROSCIATE, *Tractatus de statutis.* — RODENBURG, *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum diversitate.* — GAILL, *Praticae observationes.* (Questi fu chiamato il Papiniano della Germania). — MASCARDO, ecclesiastico e giureconsulto italiano che lasciò una importante opera col titolo: *De probationibus conclusiones.* — BOUHIER,

27. Dopo lunghe e gravi discussioni intorno alle leggi territoriali ed alle leggi estraterritoriali la scienza moderna non ha potuto fare di meglio, che fondare su principii più corretti e più razionali i criteri atti a decidere quali leggi debbano estendere il loro impero nel territorio straniero, sostituendo alle formole indeterminate e confuse dei giuristi medioevali regole più sicure e più corrette. Il principale merito della scienza moderna è di avere saputo giustificare in modo razionale l'autorità estraterritoriale di certe leggi, mentre la teoria statutaria si era mostrata a riguardo di ciò impotente. Non possiamo però fare a meno di ripetere, che le prime vestigie dell'indirizzo moderno bisogna ricercarle nella teoria dei giureconsulti italiani del secolo XIII, e dei glossatori, che seguendo le orme di Baldo e di Bartolo stabilirono la differenza esistente tra statuti personali e statuti reali, e dimostrarono che gli statuti personali doveano estendere il loro impero e la loro autorità dovunque.

Concludendo diciamo, seguendo l'opinione del Savigny (1), che quantunque il sistema dei giureconsulti medioevali non si possa accettare completamente (perchè, mancando di fondamento scientifico certo e sicuro si presta agli equivoci, ed inoltre a cagione delle dispute continue e delle disparate contradittorie opinioni manchi di valore, pratico), dobbiamo non pertanto riconoscerlo come un primo passo mal sicuro con indirizzo scientifico.

---

presidente del Parlamento di Digione, lasciò sull'argomento due volumi in-folio molto importanti, col titolo: *Les coutumes du Duché de Bourgogne avec les observations du président Bouhier.* — BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes, statuts — et Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes* (4 volumi). — BRETONNIER, *Recueil des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du royaume, avec des réflexions pour concilier la diversité de la jurisprudence.* — CASAREGIS, dotto avvocato genovese che lasciò opere di grande merito col titolo: *Discursus legales de commercio.* — Sono pure molto importanti i lavori dei COCCEI, *Tractatus de fundata in territorio jurisdictione et jus civile controversum;* e quelli di STRYKIUS, STOCKMANS, STRUVIUS, FROLAND e tacciamo di molti altri.

(1) SAVIGNY, *Traité du droit rom.* (traduzione dal tedesco), 2ª edizione, vol. VIII, 361.

Alcuni hanno stimato risolvere il problema considerando che, siccome i rapporti giuridici devono riguardarsi come effetto della libera volontà dell'uomo, così deve dirsi pure della sottomissione alla legge. Costoro che hanno saputo inventare il famoso contratto sociale a fine di spiegare l'esistenza della società, e che hanno ritenuto le convenzioni ed i trattati quale fondamento della società internazionale, hanno voluto trovare nel consenso presunto delle parti la ragione principale onde decidere se in ogni caso controverso dovesse applicarsi a preferenza questa o quella legge. I seguaci di questa dottrina insegnano, che per eliminare ogni dubbio circa la legge, che deve regolare ciascun rapporto giuridico, bisogni attenersi alla presunta volontà delle parti (1).

Questa teoria non risolve, ma sposta solamente la quistione, essendochè non stabilisce i criteri per decidere circa la presunta accettazione della legge. Nè poi si può dire che la sommissione dell'individuo alla legge sia un fatto volontario di lui. Ciascuna persona ha in suo potere i fatti, da cui dipendono le sue relazioni con legge; ma, stabilite le norme secondo le quali ciascuno deve essere soggetto alla propria legge, questa non obbliga, perchè si presume accettata, ma si presume accettata, perchè obbliga; laonde notavamo, che in tale ordine d'idee la questione sarebbe solamente spostata, non risoluta. Posto che certe leggi obblighino il cittadino dovunque, e che non sia dato al medesimo, volendo conservare la propria cittadinanza, di sottrarsi all'impero della legge della sua patria, è chiaro, come la necessaria sottomissione di codesta legge non possa dipendere dal tacito consenso della persona. È vero che l'individuo può sottrarsi all'impero della propria legge naturalizzandosi all'estero, e rinunciando alla cittadinanza originaria, nella stessa guisa che rimanendo cittadino può e non può contrattare; ma se egli ha in suo potere i fatti, non ha altresì in suo potere la sommissione alla legge, che l'obbliga in modo assoluto e permanente dovunque.

Concludiamo che i conflitti delle legislazioni non si possono risol-

---

(1) Vedi BACQUET, *Traité des droits de justice*, ch. XXI, n. 66 et 67. — FROLAND, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 936.

vere preferendo la legge presuntivamente accettata dalle parti, perchè tale criterio è insufficiente e mancante di fondamento scientifico.

28. Meno razionale ancora è il sistema della reciprocità propugnato da alcuni giureconsulti, e adottato da qualche legislazione, come sarebbe ad esempio, da quella francese. Esso consiste nell'ammettere il favore di una estensione estraterritoriale per certe leggi, quando lo Stato straniero conceda lo stesso beneficio alle leggi nostre sul suo territorio. Questo sistema era accettato dalle legislazioni vigenti in Italia, e difeso dal Rocco, uno dei più valenti giureconsulti italiani contemporanei, che abbia scritto sulla materia che trattiamo (1). Noi senza detrarre nulla al merito reale del dotto napolitano, dobbiamo rigettare il sistema da lui sostenuto come poco conforme ai principii della ragione e del diritto.

Il sistema della reciprocità tende a legittimare la rappresaglia giuridica, ammettendo che non solo l'esercizio dei diritti civili, ma quello altresì dei diritti naturali possa essere negato agli stranieri, quando lo Stato cui essi appartengono neghi l'esercizio degli stessi diritti ai nazionali. Non possiamo negare, che nei tempi in cui il Rocco scrisse il suo libro, il sistema della reciprocità era quasi una necessità sociale. Quando la rappresaglia e la retorsione erano considerate come principii legittimi di diritto pubblico, la reciprocità aveva la sua ragione di essere nel diritto privato. Ma, se questo scusa il Rocco, il quale mostra d'altra parte arditezza di concetti e liberalità di vedute, non legittima i suoi principii. Basta infatti leggere qualcuna delle sue conchiusioni per convincersi della falsità del sistema. « Quantunque (scrive « egli) benigne debbano essere le leggi nostre verso l'estere genti, « non debba credersi che, qualora lo Stato cui queste appartengono, « niegasse a noi l'esercizio di alcuna facoltà, che la natura stessa ci « concede, non fosse lecito praticare nel regno la stessa cosa per rap-

(1) L'opera di Nicola Rocco, *Diritto civile internazionale*, fu lodevolmente giudicata in Francia ed in Germania. Nella seduta del 14 e 21 maggio 1812 il Portalis lesse nell'Accademia di Parigi un rapporto su detta opera, che è degno di molta considerazione, e che onora il giureconsulto di Napoli.

« presaglia. Come pensare che si potesse dagli stranieri succedere « nel regno nostro e disporre dei beni, se la stessa facoltà a noi non « si concede nel paese loro? » (1).

29. Il sistema seguito da coloro, che vorrebbero subordinare l'applicazione dei principii del diritto alla condizione della reciprocità, legittima qualunque ingiustizia e qualunque arbitrio, sostituendo alla ragione del diritto quella dell'utilità, e non è al certo giustificabile. Trattandosi infatti di subordinare a codesta condizione l'esercizio dei diritti dell'uomo, si arriva a negare i diritti della personalità umana, ammettendo che ogni sovrano possa a sua balìa concedere o negare all'uomo il godimento e l'esercizio dei diritti civili, quasi che questi fossero una concessione del legislatore. La legge civile riconosce, determina, garantisce l'esercizio dei diritti civili, ma non per questo essi perdono il loro carattere e la loro natura primitiva, quella cioè di diritti appartenenti alla personalità umana; laonde non si può mai sostenere, che sia nel potere discrezionale del legislatore di negare agli stranieri il godimento dei loro diritti, solo perchè il sovrano dello Stato, cui essi appartengono, nega il godimento degli stessi diritti ai nazionali.

Qualora poi la condizione della reciprocanza voglia applicarsi solo per determinare la legge, che deve regolare nel territorio straniero l'esercizio dei diritti spettanti alla persona, si arriva pure a consacrare l'ingiustizia. Posto infatti che l'autorità estraterritoriale di certe leggi derivi dai principii del diritto e della giustizia, non si può ammettere, che possa essere lecito di violarli a fine di proteggere gli interessi nazionali.

Ritenendo, ad esempio, che l'individuo abbia diritto a che la sua capacità giuridica, ed il suo stato personale, tali quali sono determinati dalla sua legge nazionale, siano riconosciuti dovunque, riesce chiaro, che in tal caso la legge nazionale dovrebbe avere una estensione oltre i limiti del territorio per una regola di diritto ed un principio di giustizia, nè si potrebbe subordinare l'applicazione estra-

(1) Rocco, op. cit. (Livorno, 1860), parte 1ª, cap. VIII, p. 82.

territoriale di codesta legge alla condizione della reciprocità, senza rendere condizionale il rispetto dovuto ai principii della giustizia stessa.

30. La teoria della reciprocità è una derivazione di quella, non al certo corretta, che attribuisce a ciascuna sovranità un diritto assoluto ed eminente sul territorio: sulle persone che vi dimorano: sui fatti giuridici, e sulle relazioni di ogni natura, da qualunque titolo esse provengano, assoggettandole in tutto e per tutto alla legge territoriale. Da questa teoria il Fœlix ed i giuristi Anglo-Americani hanno tolto il loro sistema, che si riduce in sostanza a disconoscere ogni principio di diritto e di giustizia a riguardo dell'autorità estraterritoriale delle leggi, ammettendo che tutto possa dipendere dall'interesse e dalla reciproca utilità.

Il Fœlix infatti, dopo avere posto come principio fondamentale, che le leggi non possano avere un valore estraterritoriale, deduce come conseguenza, che l'applicazione di quelle straniere possa dipendere esclusivamente dal consenso espresso o tacito del sovrano territoriale manifestato mediante i trattati, o mediante le decisioni delle autorità giudiziarie ed amministrative. « Le législateur, egli scrive, les autorités publiques, les tribunaux, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent non pas d'après une obligation, dont l'exécution peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations d'utilité et de convenance réciproque entre les nations » (1).

Gli scrittori anglo-americani ammettono quasi all'unanimità, che l'applicazione delle leggi straniere dipenda unicamente dalla cortesia. Story, Burge, Phillimore, ed altri hanno stimato potere elevare a principio, che l'applicazione delle leggi estere nel territorio dipende principalmente dalla *comitas gentium*, anzi Phillimore intitolò la sua opera: *Private international law, or comity.*

Non fa bisogno di un lungo ragionamento per dimostrare come il sistema, che riduce tutto alla *comitas*, manchi non solo di ogni fondamento giuridico, ma tenda altresì a negare completamente la scienza del diritto internazionale privato. Esso arriva infatti a stabilire

---

(1) Fœlix, *Traité du Droit intern. privé*, Introduction, chap. III, n° 11.

che non vi sono principii certi per risolvere i conflitti delle legislazioni, e che tutto deve essere regolato dall'interesse.

Così si arriva in sostanza a negare ogni diritto. Essendo l'interesse di per se stesso essenzialmente variabile, riesce chiaro, che prendendolo come norma si renderebbe assolutamente impossibile di stabilire regole giuridiche idonee a decidere secondo giustizia a riguardo dell'autorità territoriale o estraterritoriale di ciascuna legge.

Oggi veramente la grande maggioranza dei pubblicisti è concorde nel riconoscere la *comitas* come un concetto fallace ed arbitrario. Gli stessi giuristi Anglo-americani hanno opinato, che fosse tale. Lawrence ha sostenuto con validi argomenti, che la cortesia non può essere la base del diritto; che vi sono principii supremi, che devono regolare tanto le relazioni d'interesse privato, come quelle d'interesse pubblico, e che essi sono obbligatorii per i legislatori e per i giudici. Westlake, ritenendo pure che la *comitas* possa essere il motivo per ammettere l'applicazione di una legge straniera, riconosce non pertanto, ch'essa non può essere sufficiente per determinare in ciascun caso particolare quale legge debba essere applicata. Anche Lord Brougham dimostra che i giudici non devono giudicare secondo le convenienze, ma bensì secondo il diritto. In tal guisa la scuola moderna dei giuristi Anglo-americani comincia ad ammettere, che la quistione deve essere risoluta a seconda dei principii della giustizia universale, e non a seconda di quello che può esigere l'interesse. L'avere essi medesimi riconosciuto, che il principio della *comitas* è incompleto e fallace, è la più sicura prova che detto sistema manca di ogni fondamento giuridico.

La scuola moderna tende infatti a trovare un principio razionale atto a determinare il rapporto tra le relazioni o i fatti giuridici e la legge, da cui essi devono essere governati. Lasciando da parte il concetto antico, il quale ammetteva che alla sovranità spettasse un diritto assoluto ed illimitato sul territorio, e che i diritti dell'uomo potessero dipendere in tutto dalla legge territoriale, gli scrittori moderni si sono proposti d'investigare e di determinare, quale debba essere la legge, che deve regolare ciascun rapporto e ciascun fatto giuridico, tenendo conto della natura del rapporto medesimo, e delle relazioni

dei soggetti del diritto con la legge, alla quale devono essere sottomessi, e col territorio, nel quale codeste relazioni si svolgono, o codesti fatti sono posti in essere.

31. Seguendo questo nuovo indirizzo è stata abbandonata l'antica massima: *Leges non valent extra territorium*, e si cerca di stabilire il limite dell'autorità delle diverse leggi ricercando e determinando quali siano i rapporti di diritto sottoposti secondo la loro intima natura, e le necessità sociali all'impero di ciascuna legge.

32. Bisogna riconoscere, che tra coloro che segnarono il nuovo indirizzo della nostra scienza deve essere ricordato fra i primi Savigny. Studiando egli la quistione dei limiti delle diverse legislazioni positive a riguardo del tempo e dello spazio pose innanzi l'idea della comunanza di diritto tra i diversi popoli, ed escluse il concetto predominante della prevalenza assoluta ed esclusiva di ciascuna legge territoriale. In virtù del diritto rigoroso di sovranità, egli scrisse, si potrebbe imporre ai giudici di un paese di applicare esclusivamente la propria legge nazionale, senza tenere conto delle disposizioni contrarie della legge straniera. Tale regola però non dovrebbe essere sancita da alcuna legislazione positiva; imperocchè, a misura che si allargano le relazioni fra i diversi popoli, è necessario convincersi di rinunziare a tale principio esclusivo, ed ammettere quello contrario, il principio cioè di una comunanza di diritto fra i differenti popoli (1).

Non è il caso di esaminare come Savigny abbia risoluto il problema, perchè questo ci obbligherebbe ad una lunga digressione. Noi lo faremo nel corso della trattazione e noteremo le divergenze fra le opinioni dell'eminente giureconsulto e le nostre. Ma, tralasciando di esaminare come il problema sia stato risoluto, riconosciamo non pertanto, che il grande merito del Savigny si è quello d'avere posto bene e precisamente la quistione. Discutendo egli delle collisioni, che possono sorgere nel caso che lo stesso rapporto giuridico possa essere regolato da leggi positive diverse e contrarie, nota con ragione, che non basta occuparsi di codeste collisioni come dell'unico problema a risolvere, ma che è bensì necessario di studiare la delimitazione delle

---

(1) Savigny, *Sistema del diritto romano*, vol. VIII.

diverse leggi positive, ricercando quale sia la legge, a cui è sottoposto ciascun rapporto giuridico.

Noi, come dichiarammo nella prima edizione di codesta opera sul Diritto internazionale privato (1), seguimmo l'indirizzo dato dal Savigny per intraprendere le nostre ricerche. Dopo più maturi studi siamo tuttora convinti, che per risolvere il problema sia necessario di determinare i limiti dell'autorità di ciascuna legge nello spazio, e precisare quando l'efficacia di ciascun precetto imperativo debba essere territoriale e quando estraterritoriale.

Siamo lieti di constatare che la grande maggioranza dei giuristi contemporanei ammette, che l'applicazione delle leggi straniere debba essere retta dai principii del diritto, e che debba ritenersi dovere obbligatorio di giustizia internazionale non solo il riconoscere ed il rispettare i diritti dello straniero, ma l'astenersi altresì dal regolare con le proprie leggi quei rapporti giuridici, che per razionale competenza devono essere governati da leggi straniere. Mancini, Laurent, Brocher, Asser, e quasi tutti i membri dell'Istituto di diritto internazionale sono oramai concordi sull'indirizzo della scienza. La diversità fra gli uni e gli altri nasce, da che non si è stabilito ancora l'accordo intorno al principio generale, secondo cui deve in ogni caso particolare decidersi circa l'ammettere o l'escludere nel territorio l'autorità delle leggi straniere. L'accordo completo intorno a ciò non potrà facilmente stabilirsi; imperocchè, le formule proposte dagli uni siano ritenute dagli altri insufficienti o incomplete. Così può dirsi con ragione della suprema regola posta innanzi da Schæffner, che cioè ogni relazione giuridica debba essere retta dovunque dalla legge del luogo ove essa sia divenuta esistente (2).

Infatti è innanzi tutto da essere notato, che la relazione giuridica, che sia l'effetto di un atto della volontà umana (contratto, donazione, testamento) può essere formata in luoghi diversi, ciò che può far sì, che sorga sempre la difficoltà, se debba essere retta da questa o da

(1) La prima edizione fu stampata a Firenze nel 1869 dai successori Le Monnier, vedi pag. 59.

(2) Schæffner, *Diritto internaz. privato*, § 32.

quella legge. Si aggiunga inoltre che nè la dimora, nè il domicilio stesso possono sottrarre la persona dalla soggezione alla sua propria legge personale, nè possono sottrarre la famiglia dall'essere soggetta alla legge che deve regolare i rapporti di famiglia. Conseguentemente le relazioni di stato personale e quelle di famiglia non possono essere rette dalla legge del luogo in cui esse siano divenute esistenti.

Da ciò si vede come la forma posta innanzi da Schæffner non possa essere da noi accettata.

Non possiamo neanche accettare la formola proposta da Savigny, che cioè debba essere preferita *la legge del luogo in cui si riconosca essere la sede del rapporto di diritto;* imperocchè, per determinare la sede del rapporto di diritto bisogna previamente stabilire quale sia la legge, secondo la quale debba presumersi posto il fatto giuridico. Qualora sorgesse il dubbio, se codesta presunzione dovesse fondarsi a preferenza sulla legge personale o su quella del luogo ove l'atto fosse stato stipulato, o su quella del luogo ove i beni si trovassero, non si potrebbe determinare la sede del rapporto giuridico nascente dal fatto giuridico senza stabilire quale fosse la legge a cui esso dovesse ritenersi soggetto.

Tali divergenze però non escludono, lo ripetiamo, che nei nostri tempi il problema sia stato posto con indirizzo scientifico, e che il grande merito degli scrittori contemporanei (1) sia quello di avere eliminati

---

(1) Fra coloro che hanno scritto nell'epoca moderna vedi Story, *Conflict of Laws.* — Burge, *Comment. on colonial and foreigns laws.* — Phillimore, *Comment. upon international Law,* t. iv. — Westlake, *A treatise on private international Law.* — Rocco, *Dell'uso e dell'autorità del Regno delle Due Sicilie.* — Fiore, *Trattato di Diritto internazionale pubblico,* 1865, 1ª edizione. — Esperson, *Del principio di nazionalità.* — Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale.* — Mancini, *Rapporto all'Istituto di diritto internazionale* — Catellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi.* — Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano.* — Milone, *Dei principii e delle regole del diritto intern. priv.* — Tutti i trattatisti del diritto civile ne discorrono. — Pacifici-Mazzoni, Borsari, Bianchi, Ricci, Gianturco ed altri. — Fœlix, *Traité de droit international privé.* — Massé, *le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens.* — Barde, *Théorie traditionale des Statuts.* — Durand, *Essai de droit*

tutti i sistemi, che negarono in massima ogni autorità alle leggi oltre i limiti del territorio di ciascuno Stato.

---

intern. privé. — ROUGELOT DE LIONCOURT, *Du conflit des lois personnelles et étrangères.* — SCHÆFFNER, *Entwickelung des internationalen Privatrechts.* — Di tale opera fu fatta una traduzione italiana da TENORE. — SAVIGNY, *System des heutigen roemischen Rechts* (nel vol. 8°). Di quest'opera fu fatta una traduzione francese da GUENOUX, e parecchie traduzioni italiane. — BAR, *Das internationale private-und Strafrecht.* — WILLIAM-BEACH LAWRENCE, *Comment. sur les Éléments de Droit international et sur l'Histoire des progrès du droit des gens di* WEATON. — WHARTON, *A treatise on the conflict of Laws or international Law*, 2ª ediz., 1881. — FIELD, *Draft outlines of international code*, tradotto in italiano da Pierantoni. *Saggio di un Codice internazionale.* — ASSER, *Schetz von het internationaal privaatregt* — Quest'opera fu tradotta dall'olandese da ALPHONSE RIVIER. — LAURENT, *Droit civil international.* — MANUEL TORRES CAMPOS, *Principios de derecho international privato* o *de derecho extraterritorial de Europa y America, en sus relaciones con el derecho civil de España.* — BROCHER, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français.*

Si possono consultare opportunamente le opere speciali sulla materia citate nelle *Bibliografie annuali* nel *Journal de droit international privé* de M. CLUNET e nel *Bulletin de jurisprudence de droit intern.*, ivi, e nella *Revue du droit international*, e i rapporti e le deliberazioni dell'Istituto di Diritto internazionale nell'*Annuaire de l'Institut*, e la bibliografia delle opere *de droit international privé* alla fine di ciascun volume.

CAPITOLO V.

Principii fondamentali secondo il nostro sistema.

33. Gli Stati sono soggetti alla suprema legge del diritto. — 34. Limiti dell'autonomia dello Stato. — 35. Competenza di ciascuna sovranità come potere legislativo. — 36. Principio generale circa l'autorità territoriale e estraterritoriale di ciascuna legge. — 37. Difficoltà che inevitabilmente nascono nell'applicazione di esso. — 38. Come manchino i criteri positivi per determinare le leggi di ordine pubblico. — 39. Come l'applicazione di una legge straniera può cagionare una vera lesione del diritto territoriale. — 40. Necessità dei trattati per stabilire le regole circa l'autorità territoriale ed estraterritoriale delle leggi.

33. Reputiamo opportuno di stabilire alcuni principii generali i quali riteniamo che debbano essere considerati come la base di tutta la teoria che andremo esponendo.

Gli Stati, in quanto sono considerati come persone, che coesistono nella MAGNA CIVITAS, *vanno soggetti alla suprema legge del diritto e della giustizia.*

La società di fatto tra gli Stati non sarebbe possibile, senza la società di diritto: *ubi societas ibi jus.*

Non si può al certo concepire la coesistenza di persone libere, (siano esse persone fisiche o persone morali), senza presuporre, che sia mantenuta costantemente fra di esse una certa legge naturale di proporzione fra le loro azioni e le loro inazioni (1).

Bisogna adunque ammettere tra gli Stati una legge suprema dei loro rapporti giuridici, senza della quale la loro coesistenza riuscirebbe impossibile (2).

---

(1) *Si nulla est communitas*, dice GROZIO, *quae sine jure conservari possit, quod memorabili latronum exemplo probabat Aristotelis, certe et illa quae genus humanum aut populos complures inter se colliget, jure indiget.* Proleg. (23) Confr. WOLF, *Jus naturae*, part. 7, e 46 *Jus Gent.*, c. II, — PRADIER-FODÉRÉ, *Éléments de Droit public*, p. 35.

(2) Vedi la mia opera: *Diritto internazionale pubblico* (terza edizione), Parte gener., lib. II, cap. I, e la traduzione francese di ANTOINE, vol. I, p. 143 e seguenti.

34. *Ciascun Stato è autonomo e indipendente entro i limiti però fissati dal diritto.*

L'individualità è il carattere essenziale costitutivo della personalità dello Stato, ed il carattere distintivo dell'individualità è, che essa esiste di per sè, con una determinata sfera di azione distinta da quella delle altre persone, con un fine proprio, con proprii mezzi, e con la potenza giuridica di agire senza ostacoli dentro i limiti fissati dal diritto.

Allo Stato non può al certo competere la libertà illimitata ed assoluta, essendochè esso non possa pretenderla che compatibile con quella degli altri Stati, che convivono nella *Magna civitas*.

Devono infatti gli Stati rispettarsi reciprocamente come membri della famiglia umana, ed osservare la legge dei loro rapporti giuridici: laonde l'indipendenza di ciascuno di essi non può essere altro che *la potenza giuridica di operare senza ostacoli dentro i limiti fissati dal diritto.*

Bisogna quindi ammettere come suprema regola, che il potere supremo di ciascuno Stato nello sviluppo e nell'esercizio dei suoi diritti sovrani debba esplicarsi con la giusta limitazione del riguardo dovuto ai diritti e agli interessi legittimi degli altri Stati.

Da questo consegue, che ciascuna sovranità ha il diritto esclusivo di fare le leggi adatte a custodire e conservare l'organismo politico ed a tutelare gli interessi dei privati.

Questo potere trova però i suoi giusti limiti, imperocchè nessuna sovranità possa con pieno arbitrio ed autorità assoggettare ai suoi precetti legislativi, le persone, i beni e i fatti giuridici, ma solo debba tener conto della condizione delle persone, della natura dei rapporti giuridici, e delle esigenze della vita sociale, onde fissare i limiti della sua competenza speciale come legislatrice.

35. *La competenza di ciascuna sovranità come potere legislativo dev'essere determinata secondo i principii del diritto, tenendo conto della natura del rapporto giuridico, degli interessi sociali, e degli interessi generali.*

Non si può disconoscere, che, fino a quando non sarà stabilito un diritto comune, reso obbligatorio mediante i trattati, ciascuna sovranità

potrà con piena indipendenza decidere circa all'ammettere o al negare l'autorità delle leggi straniere, nè potrebbe essere concesso ai giudici o ai privati di sottrarsi all'impero della legge. Sarebbe non per tanto un vero controsenso giuridico il sostenere, che non vi fossero regole e principii a riguardo della competenza di ciascun potere legislativo, o l'ammettere che i principii del diritto e della giustizia potessero giustificatamente essere travolti col pretesto di proteggere gli interessi nazionali.

Il sistema, che toglie ogni autorità alle leggi straniere, o che fa derivare l'autorità estraterritoriale delle medesime dal beneplacito del sovrano, o dall'interesse reciproco, si deve considerare come fondato sull'esagerato modo d'intendere il principio dell'indipendenza degli Stati. Sarà sempre vero il dire, che gli interessi generali devono in ogni caso essere conciliati cogli interessi nazionali e col rispetto dovuto ai diritti della sovranità territoriale, ma deve reputarsi manifesto errore il sostenere, che non vi siano regole giuridiche atte a determinare la competenza legislativa di ciascun potere sovrano a riguardo delle persone, dei beni, delle successioni, dei contratti, del procedimento, dell'esecuzione delle sentenze straniere, e via dicendo.

36. *Ciascuna sovranità può regolare con le proprie leggi i diritti privati delle persone e i rapporti delle famiglie soggette alla sua autorità, ed i negozii o fatti giuridici posti in essere o compiuti nel territorio sul quale impera, anche quando le relazioni giuridiche che ne derivano si svolgano in territorio straniero, purchè da ciò alcuna offesa non sia cagionata ai diritti ed agli interessi legittimi della sovranità territoriale, e all'ordine pubblico.*

Per chiarire questa regola è mestieri notare, che la sovranità territoriale riposa ai tempi nostri su di una base ben diversa da quella sulla quale riposava ai tempi feudali, e sulla quale riposa tuttora in quegli Stati, che hanno conservato il carattere e lo spirito del feudalismo. Lo Stato moderno è un organismo giuridico, e la sua principale missione si riassume nella *tutela del diritto*. La sovranità si considera sempre come territoriale, ma non nel senso che ad essa spetti la proprietà del suolo o il diritto eminente sulle persone, che nel territorio dimorano, ma nel senso soltanto, che essa esercita l'*impe-*

rium l'*auctoritas*, e la *jurisdictio* sul territorio. I diritti poi spettanti agli individui, quantunque siano tutelati dalla legge, non si considerano come una concessione del legislatore, ma invece come una facoltà della personalità umana.

Bisogna inoltre considerare che ai nostri tempi l'attività dell'individuo non può essere più circoscritta nei limiti territoriali dello Stato, di cui è cittadino, ma che tende pure ad allargarsi fra più estesi confini. Ciascuno, senza rompere i legami che lo legano alla sua patria, sente di essere cittadino del mondo, entra in relazioni con stranieri di contrade diverse, ed attende con essi dovunque a svariati negozii, acquista beni, trasmette e dispone della sua proprietà con atti tra i vivi o di ultima volontà. Da tutto ciò ne è risultato di fatto il consorzio internazionale, come dal moltiplicarsi dei rapporti fra le persone che si stabilirono nelle città, ne nacque il consorzio civile.

Riesce evidente, che nè tutti questi rapporti possono essere retti dalla stessa legge, nè può essere indifferente l'applicare le leggi fatte per un popolo ad un altro popolo. Ciascun sistema di leggi, come ebbe a notare Montesquieu, deve essere proprio di ciascun popolo, essendochè bisogni ch'esso si rapporti di questo agli usi, alle tradizioni, alla civiltà, ai costumi alla costituzione, e a tutte le contingenze etnografiche, fisiche e morali nelle quali si trovi. Devono inoltre le leggi essere in rapporto fra di loro, e con l'ordine di cose pel quale furono sancite, e con lo scopo a cui mirò il legislatore, e cogli interessi che mediante esse s'intese tutelare. Ora non si potrebbe, senza ridurre pressochè al nulla la missione dello Stato, ammettere, che la sua competenza legislativa dovesse esercitarsi soltanto entro i limiti segnati dalle sue frontiere territoriali.

Bisogna poi da altra parte riconoscere, che incombe allo Stato di conservare l'organismo politico, e tutto quello *quod ad statum rei publicae spectat*. Conseguentemente l'applicabilità delle leggi straniere non potrebbe ammettersi in quello che l'applicazione di esse offendesse la conservazione dello Stato, e gl'interessi generali della comunità politica.

Da questi due principii consegue, che può ammettersi l'autorità estraterritoriale delle leggi straniere *quæ ad singulorum utilitatem*

pertinent, ma che deve però ritenersi assoluta ed esclusiva l'autorità territoriale delle leggi *quod ad statum rei publicae spectant*.

37. Avendo così chiarita la regola non osiamo dire di averne chiarita l'applicazione. Resta infatti tuttora la grande difficoltà di distinguere quali siano le leggi ordinate a tutelare l'organismo politico e quelle *quae ad statum rei publicae spectat*. Questa è veramente la quistione più grave della scienza del diritto. Stando sulle generali riesce facile di distinguere le leggi in due grandi categorie; in quelle cioè che governano direttamente gli interessi generali e che provvedono alla tutela del diritto sociale e dell'ordine pubblico; ed in quelle che governano gl'interessi particolari e che provvedono alla tutela del diritto privato e delle private utilità. Quando poi si vuole di fatto decidere, se una data legge appartenga all'una o all'altra categoria, riesce malagevole di eliminare ogni dubbio. Così le leggi sulla patria podestà e sulla podestà coniugale, quelle che proibiscono il matrimonio tra certe persone a cagione della loro parentela naturale o civile, quelle che concernono gli atti dello stato civile e altre fanno parte del diritto privato, ma interessano non ostante al più alto grado la costituzione dello Stato e l'ordine pubblico, tuttochè esse non siano leggi politiche.

Nella materia poi delle nostre ricerche la difficoltà diventa più grave, perchè oltre a decidere, se una data legge debba classificarsi nell'una o nell'altra categoria, bisogna poi determinare se dall'applicazione della legge straniera nel territorio dello Stato derivi o no oltraggio alla legge territoriale, la quale si deve ritenere che abbia un' autorità assoluta ed esclusiva sul territorio dove essa impera.

38. La legislazione e la scienza non ci danno criteri positivi, certi e concreti per enumerare le disposizioni legislative, che per diverso titolo e con diverso grado interessano l'ordine pubblico. A nostro modo di vedere si devono considerare non pertanto come tali, non solo le leggi costituzionali, amministrative e criminali, e tutte quelle che si dicono generalmente leggi di polizia e sicurezza, ma quelle altresì che provvedono alla sicurezza delle persone e della proprietà, alla custodia del buon costume e quelle generalmente che provvedono all'organizzazione sociale. Il carattere distintivo di tali leggi si

è questo, che cioè, essendo ordinate a tutelare certe esigenze sociali, s'impongono a tutti assolutamente, nè lice mai, ed in nessun caso ai privati di derogare ai precetti imperativi di esse. La difficoltà di distinguerle diventa in certi casi veramente grave, perchè in sostanza non è possibile di stabilire una linea di separazione fra gli interessi sociali e quelli particolari degli associati, stantechè gl'individui potendo ritrarre maggiori vantaggi dalla migliore organizzazione sociale, le leggi che a questo provvedono, provvedono indirettamente ai loro particolari interessi, e d'altra parte poi, l'avere ciascuno la sua posizione giuridica come è determinata e stabilita dal legislatore nei suoi rapporti colla famiglia e col suo patrimonio, tende ad eliminare la confusione e l'anarchia, e provvede quindi alla migliore organizzazione sociale e all'ordine pubblico.

Giova inoltre notare che, siccome le esigenze e le necessità sociali sono diverse, anche all'interno dello stesso Stato, secondo le contingenze di tempo e di luogo in relazione al principio politico di esso, così le disposizioni di ordine pubblico devono con più ragione essere diverse nei varii Stati. Riesce chiaro, che ciascuna sovranità deve provvedere a tutelare l'ordine pubblico ed il diritto sociale seguendo quei criteri e quei principii, che sono la più esatta espressione del convincimento giuridico e morale del suo popolo, ma che nessuna di esse può pretendere d'imporre le stesse sue convinzioni giuridiche e morali agli altri popoli e alle altre sovranità.

Non si deve elevare a massima che l'ordine pubblico interno debba ritenersi leso dall'ammettere nello Stato l'applicazione di una legge straniera informata da principii di organizzazione sociale e di ordine pubblico diversi da quelli in esso prevalenti. Se si volesse con questo concetto stabilire un criterio di limitazione all'autorità estraterritoriale delle leggi, si arriverebbe a restringere di molto il campo della loro applicazione. Lo sviluppo dei medesimi principii morali in ogni sistema di leggi positive dev'essere diverso, imperocchè le leggi non esprimano il giusto assoluto, ma il giusto relativo, ossia quello che meglio conviene, e che può riuscire più adatto in certe date contingenze ad ottenere il meglio ed evitare il peggio; perlochè nessuno Stato può accampare la pretesa di avere attuato nelle proprie

leggi, meglio che gli altri Stati, i principii morali, o ritenersi offeso dall'ammettere leggi straniere, che in date contingenze diverse avessero in diverso modo attuato lo sviluppo dei principii morali e di quelli della giustizia naturale (1).

39. Vi possono essere dei casi nei quali non si possa fare a meno di riconoscere, che dall'ammettere nello Stato l'applicazione di una legge straniera informata da principii diversi ed opposti, ne derivi una vera lesione alle leggi territoriali, alle quali non si può mai derogare senza attentare alla stessa vita giuridica dello Stato e al diritto sociale. Il determinare però questi casi è fra le ricerche una delle più difficoltose e delle più vaste, in cui si riveli l'ingegno indagatore del giureconsulto e del magistrato. Studiando lo spirito della propria legislazione e le somme esigenze della vita giuridica e sociale dello Stato, si può arrivare a determinare, quali siano le disposizioni legislative, delle quali le imperiose necessità sociali reclamino il rispetto assoluto. Determinate queste, qualora gli effetti, che fossero per derivare nel territorio dello Stato dal riconoscere l'autorità di una legge straniera, attentassero all'impero assoluto di codeste leggi, sarebbe una necessità inevitabile di negare a tale legge straniera ogni efficacia.

---

(1) Le leggi positive non sono quelle della natura umana, come dovrebbe essere, ma quelle fatte per l'uomo, come esso è nelle date contingenze storiche, nelle quali si trova, laonde esse non possono mirare all'ottimo assoluto, ma all'ottimo possibile e realizzabile.

È per questo, che ciascun sistema di leggi è l'espressione della vita sociale di un popolo; e che la storia dei diversi istituti giuridici rappresenta la storia delle origini, dei progressi, delle trasformazioni, della decadenza e dell'annientamento delle diverse istituzioni sociali. Il diritto positivo rappresenta l'evoluzione progressiva dei principii della giustizia naturale e dei principii morali nella coscienza del popolo. Da ciò deriva che esso ha la sua storia, e che nessun popolo può pretendere di avere nelle sue leggi rappresentato più esattamente e più rettamente di quello che gli altri facciano il principio morale. Il metodo sperimentale applicato alla scienza della legislazione ha messo in rilievo i rapporti tra le leggi ed i fenomeni sociali.

Interrogato Solone se avesse dato al suo popolo le leggi migliori, rispose avergli date le migliori che gli potessero convenire. Queste parole sono l'espressione della più grande sapienza giuridica e del più savio ammaestramento pei legislatori.

Tutte le leggi si possono distinguere in due grandi categorie.

La prima comprende quelle ordinate a creare e ad abolire certi istituti giuridici.

La seconda quelle le quali danno migliore assetto e sviluppo a certi istituti giuridici già esistenti, e determinano le condizioni giuridiche per l'acquisto, il godimento e l'esercizio dei diritti ad essi relativi.

Le leggi della prima categoria si suddividono in due classi. Alla prima appartengono quelle che creano nuovi istituti giuridici e determinano in generale i diritti relativi a tali istituti spettanti a coloro che sono soggetti, o che possono essere assoggettati all'autorità della legge. Alla seconda appartengono quelle che aboliscono certi istituti giuridici o che inibiscono assolutamente ogni rapporto giuridico relativo a certe istituzioni vietate.

L'offesa e la lesione della legge territoriale nascerebbe evidentemente, qualora avendo essa abolito una data istituzione giuridica e tolto così ogni possibilità di rapporto giuridico relativo a codesta istituzione, si volesse poi invocare l'autorità di una legge straniera per dare vita all'istituzione abolita o ai rapporti giuridici ad essa relativi.

Nell'ipotesi poi che la legge territoriale avesse dato ad un'istituzione, ammessa pure dalla legge straniera, un assetto e uno sviluppo diverso da quello che questa le avesse concesso, e si trattasse di riconoscere nel territorio l'autorità di quella legge straniera a riguardo di un rapporto o di un fatto giuridico relativo a codesta istituzione, in tale caso sorgerebbe la difficoltà e le regole per poterla risolvere le andremo esponendo nel corso della trattazione.

40. *I principii generali relativi all'autorità territoriale e estraterritoriale delle leggi non potranno addivenire obbligatorii per gli Stati che mediante i trattati.*

La scienza deve senza dubbio investigare, ricercare e determinare i principii fondamentali relativi all'autorità delle leggi, e l'importanza di tale ricerca scientifica è maggiore di quello che sia in qualunque altro ramo dell'enciclopedia giuridica, a cagione della mancanza di un accordo intorno a codesti principii e della necessità di stabilirlo. È chiaro per altro che non si potrà arrivare a vedere accettate

dagli Stati regole uniformi per eliminare i conflitti tra le leggi di paesi diversi, se non siano prima rese generali le convinzioni giuridiche circa l'autorità estraterritoriale delle leggi, e non sia intorno a ciò stabilita la comunanza d'idee e di regole giuridiche.

Sarà sempre vero, che le regole di diritto elaborate dai giuristi non potranno divenire norme positive per i legislatori e per i magistrati, se non siano state accettate dagli Stati stessi mediante i trattati.

Questi sono veramente il mezzo generale per convertire le regole di diritto internazionale in regole di diritto positivo, non potendosi altrimenti dichiarare obbligatorii per gli Stati i principii del diritto, che mediante il reciproco consenso e la formale obbligazione assunta nei trattati di osservarli e di rispettarli.

Oggi si tende a questo, ed il còmpito riuscirà più facile, essendochè da una parte i cittadini di tutti i paesi reclamino che i conflitti tra le diverse legislazioni civili e commerciali siano risoluti in modo uniforme, affinchè col crescere così rapido e continuo dei rapporti degli uomini, ciascuno possa conoscere sicuramente quale legge debba seguire, e quale codice lo possa proteggere. D'altra parte poi il diritto elaborato dai giuristi acquista autorità sempre maggiore, in conseguenza della lodevole iniziativa presa di sostituire all'opinione scientifica individuale quella scientifica collettiva, elaborata e discussa dai pubblicisti delle diverse parti del mondo riuniti, per formulare un certo numero di regole generali onde risolvere i conflitti tra le varie leggi e renderle obbligatorie per tutti gli Stati.

Fino a tanto che non si arriverà a rendere obbligatorie per gli Stati certe regole uniformi, potrà pure accadere che l'uno o l'altro di essi, senza preoccuparsi di quello che gli altri facciano, sancisca i precetti relativi all'autorità della legge straniera nel proprio territorio. Così ha fatto il legislatore italiano, il quale ha codificato le norme per risolvere i conflitti fra la legge nostra e le leggi straniere, dando ai magistrati certe regole generali onde decidere circa l'autorità e l'efficacia di codeste leggi nel nostro paese.

Questa generosa e liberale iniziativa è certamente lodevole, tanto più poi perchè il legislatore italiano non ha subordinato l'applicazione delle regole sancite ad alcuna condizione di reciprocità. Dobbiamo

non pertanto notare che anche le regole sancite dal nostro legislatore, quantunque relative a rapporti internazionali, non perdono il carattere di legge interna.

È vero, che quando uno Stato con atto unilaterale proclami i principii di diritto internazionale dando ad essi la sanzione con una legge costituzionale o con leggi particolari, assume l'impegno di osservare e di tutelare i principii da esso sanzionati, e di ritenerli obbligatorii fino a tanto, che la legge da esso promulgata non sia abrogata o modificata. Questo però importa, che uno Stato può assumere un'obbligazione internazionale mediante atto unilaterale, ed è perciò che, finchè le disposizioni di diritto internazionale privato sancite nel Codice italiano saranno in vigore, l'osservare quei principii sanzionati dal nostro legislatore, deve reputarsi obbligatorio per lo Stato italiano, per i giudici e per le persone soggette all'impero della legge nostra. Non per tanto, se pure gli altri Stati, seguendo l'esempio dato dall'Italia, sanzionassero le stesse norme di diritto internazionale nelle loro leggi interne, questo non potrebbe valere per attribuire alle diverse leggi particolari il carattere di legge internazionale.

Le regole di diritto internazionale propriamente dette non possono essere convertite in regole di diritto positivo, che in virtù del *consensus gentium*, e conseguentemente non si potrà altrimenti stabilire un diritto uniforme per risolvere i conflitti fra le leggi di Stati diversi che mediante i trattati generali da essi stipulati.

PARTE GENERALE

Essendoci proposto d'investigare e di discutere quale legge debba essere applicata, onde regolare ciascun rapporto giuridico ogni qualvolta si verifichi il caso, che esso possa essere soggetto a leggi positive diverse e contrarie, abbiamo stimato opportuno di considerare prima la questione sotto un punto di vista generale determinando quale debba essere la legge, alla quale devono ritenersi sottoposti i rapporti giuridici, che concernono lo stato delle persone: i diritti ed i rapporti di famiglia: i diritti patrimoniali: e le forme degli atti. Noi discorreremo quindi in separati capitoli:

Della legge personale;

Della legge della famiglia;

Della legge reale;

Della legge che deve regolare i diritti che derivano dalla successione;

Della legge che deve regolare i diritti che derivano dalle obbligazioni;

Della legge che deve regolare le forme degli atti;

Delle leggi di ordine pubblico.

Da ultimo esamineremo come la legge straniera dev'essere accertata e portata a conoscenza del giudice che deve applicarla.

Fissando la legge alla quale si deve ritenere sottoposto in generale ciascun istituto giuridico, che val quanto dire fissando i limiti dell'autorità di essa, sarà facilitato di risolvere poi in particolare i possibili conflitti che possono nascere ogni qualvolta si venga a verificare la concorrenza di leggi positive diverse e contrarie applicabili alle relazioni che nascono nell'esercizio dei diritti.

CAPITOLO I.

Della legge che deve regolare lo stato e la capacità giuridica delle persone.

41. Concetto generale dello stato e della capacità giuridica. — 42. Necessità di far regolare lo stato della persona da unica legge. — 43. Disparere tra i giureconsulti medio-evali circa il concetto della legge del domicilio. — 44. Opinione di Froland. — 45. Opinione di Ubero. — 46. Opinione di Boullenois. — 47. Opinione di Henry. — 48. Scrittori che sostennero la preferenza della legge del domicilio attuale. — 49. Osservazione critica sulla teoria dei giuristi moderni. — 50. Come sono discordi le leggi positive dei diversi Stati. — 51. La legislazione francese. — 52. Diritto vigente in Austria ed in altri Stati. — 53. Come sia più ragionevole che ciascuno rimanga soggetto dovunque alla legge dello Stato di cui è cittadino. — 54. Si conferma la teoria con l'autorità del diritto romano. — 55. Considerazioni del Savigny. — 56. Inconvenienti che derivano dal sistema che dà la preferenza alla legge del domicilio. — 57. Come gl'inconvenienti potrebbero evitarsi nel sistema da noi preferito. — 58. In quali casi il domicilio può avere importanza. — 59. Della persona che non abbia nè cittadinanza nè domicilio. — 60. Come i principii esposti debbano applicarsi alla capacità giuridica ed ai diritti che da essa derivano. — 61. Si confuta l'opinione contraria. — 62. Si conferma la teoria con l'autorità degli scrittori. — 63. Eccezione alle regole stabilita.

41. Lo stato della persona è il complesso delle qualificazioni giuridiche, che la legge attribuisce all'individuo considerato di per sè, e nelle sue relazioni con la famiglia e con lo Stato.

Ogni legge determina la condizione giuridica delle persone e le circostanze atte ed idonee a costituire quello che si dice stato personale. Così ciascuno è qualificato, secondo la legge, cittadino o straniero; ammogliato o celibe; padre; figlio legittimo o naturale; maggiore o minore; interdetto, inabilitato, emancipato.

Ciascun legislatore determina inoltre i diritti ed i doveri che derivano dallo stato personale o tra le persone della famiglia, fra le

quali le relazioni di stato personale sono stabilite, o verso lo Stato; così esso attribuisce ad alcune di esse certi diritti o certe facoltà, ad altre certi doveri e certi oneri; dal che deriva poi che di coteste persòne le une abbiano potere o autorità su certe altre ed anche su i beni di queste ultime, e le altre subiscano certe limitazioni a riguardo della capacità di fare alcuni atti, e di amministrare i loro beni o di disporne.

Il diritto spettante a ciascuno di esercitare la propria attività secondo le norme stabilite dalla legge, a cui è soggetto, costituisce la capacità giuridica della persona. Codesta capacità è sempre connessa con lo stato personale, imperocchè lo stato è ognora il fatto giuridico primordiale in considerazione del quale il legislatore attribuisce all'individuo quella data capacità e quei determinati diritti.

42. Tutti gli scrittori sono stati concordi nel riconoscere la suprema necessità di assoggettare lo stato della persona ad un' unica legge. Gli stessi propugnatori della massima rigorosa *leges non valent extra territorium statuentis*, non poterono fare a meno di considerare, che se lo stato e la capacità giuridica della persona avessero potuto variare secondo le leggi vigenti nei paesi diversi, nei quali essa fosse andata a soggiornare, questo avrebbe reso incerti ed immutabili i diritti alla medesima appartenenti. Avrebbe infatti dovuto ammettersi che la stessa persona sarebbe stata in un luogo maggiore in un altro minore, qui *sui juris*, lì *alieni juris*, ivi soggetto alla potestà maritale, ed al bisogno dell'autorizzazione per fare atti validi, altrove sciolta da qualunque soggezione a qual si fosse autorità. Inconveniente veramente grave sopra tutto in quei tempi quando ciascuna città si reggeva coi propri statuti o con le consuetudini, che differivano da quelli che altre città avevano sugli oggetti più importanti e nel regolare lo sviluppo dell'attività civile.

Fu per ovviare a sì grave inconveniente e per dare alla personalità civile di ciascuno una certa stabilità, che i più antichi scrittori, che propugnarono il principio dell'esclusiva autorità territoriale di ciascuna legge, fecero una eccezione per quelle leggi, che regolavano lo stato personale, riconoscendo la necessità di ammettere l'autorità estraterritoriale di esse in considerazione della reciproca

utilità, e della *comitas gentium*. Essi denominarono le dette leggi, che dovevano ritenersi come se accompagnassero la persona dovunque, *statuto personale* (1).

43. Il disparere tra i giureconsulti medio-evali nacque, quando si trattò di stabilire il criterio per fissare lo statuto personale, e nel determinare poi quali leggi doveano ritenersi comprese e quali escluse, in quello che essi dicevano statuto personale. Codesto secondo punto di disputa acquistò grande importanza, come fu già notato innanzi, perchè essendo stato derogato alla regola *lex non valet ultra statuentis territorium* per le leggi personali soltanto, era decisivo di stabilire se una data disposizione doveva ritenersi appartenente allo statuto personale o allo statuto reale, essendo che dipendeva da ciò l'ammettere o l'escludere la sua autorità estraterritoriale. Ma non è questo il luogo di trattare di tal cosa.

Intorno al primo oggetto potrebbe parere a primo aspetto, che non fossero esistiti dispareri di sorta, imperocchè tutti gli scrittori siano stati concordi nell'ammettere che lo statuto personale dovesse essere quello del domicilio della persona. Boullenois, Rodenburgo, Erzio, Froland, Bouhier, Voet, Pothier e tutti gli altri concordano nel sostenere la medesima teoria, tanto che non sono mancati tra i moderni, valenti giureconsulti, i quali, volendo sostenere la prevalenza della legge del domicilio, hanno addotto a sostegno della loro opinione essere a questa conforme la *communis opinio* degli scrittori medio-evali (2).

A chi non di meno spinge lo sguardo addentro apparisce chiaro, che non sussiste la *communis opinio* tra gli scrittori medio-evali, quanto a determinare il criterio per fissare lo statuto personale, che evvi invece disparere fra i medesimi, tanto che si possono distinguere le due scuole, così come ai tempi nostri.

---

(1) La parola *statuto* significava veramente disposizione di legge. Essa fu poi adoperata in un senso generale per denotare le leggi prese nel loro insieme, così la legislazione che regolava ciascun paese fu denominata *statuto*. Da ciò poi derivò che gli scrittori denotarono le disposizioni di legge relative alle persone col nome di *statuto personale*, e quelle relative alle cose *statuto reale*.

(2) Vedi Gabba, *Annali di giurispr. ital.*, 1866-67, parte 3ª.

Dobbiamo notare, che della legge del domicilio di fronte al diritto moderno non si può discorrere, come ai tempi antichi, quando ciascuna città si reggeva col proprio statuto, e la Francia soltanto aveva più di 300 consuetudini, le quali differivano fra di loro sugli oggetti più gravi come, ad esempio, circa l'epoca della maggiorennità: circa i diritti ed i rapporti di famiglia, circa alla facoltà di disporre a titolo gratuito: e via dicendo. Allorchè la soluzione di sì importanti questioni poteva essere diversa, secondo che si applicava questo o quello statuto, gli scrittori non potevano al certo sostenere che si dovesse preferire per risolverle la legge nazionale, o quella dello Stato a cui l'individuo apparteneva per cittadinanza. Il rapporto fra la persona e la propria legge si stabiliva sempre col domicilio, laonde gli scrittori medio-evali accennavano sempre alla legge del domicilio, siccome a quella che doveva costituire lo statuto personale, però il disparere fra di essi consisteva in questo, che cioè, alcuni opinavano che dovesse considerarsi come legge personale quella del domicilio d'origine, vale a dire quella della patria di ciascuno, altri invece sostenevano che essa dovesse essere quella del domicilio attuale della persona.

La questione che stabilisce la vera differenza fra le due scuole è quella importantissima se, sopravvenuta la *mutatio domicilii*, debba applicarsi la legge del nuovo domicilio o quella del domicilio primitivo.

Ora nella soluzione di tale questione alcuni sostengono senza equivoco, che lo stato e la condizione giuridica delle persone debbano essere regolati dalla legge del domicilio d'origine, altri invece da quella del loro domicilio attuale.

44. Il Froland, che è da tutti citato come il più forte sostenitore della legge del domicilio, quando tratta la questione se, mutato domicilio, lo stato della persona debba essere regolato dalla nuova legge, si esprime così: « Se si parla dello stato della persona *abstracto ab* « *omni materia reali*, in tal caso la legge che cominciò a fissare la « sua condizione, che è la legge del *domicilio di origine*, conserverà « la sua forza e la sua autorità dovunque la persona vada a dimorare. « Così, se secondo la legge del domicilio di origine, una persona di- « venti maggiore a 21 anni, e questa vada a domiciliarsi in un altro

« paese in cui la maggiorennità cominci dopo i 25 anni, essa sarà do-
« vunque maggiore ai 21 anni, e nel nuovo domicilio potrà alienare,
« vendere, ipotecare e contrattare a suo piacere » (1).

45. Ubero formula la sua dottrina nel seguente modo: *qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari cum hoc effectu, ut ubique locorum eo jure, quo tales personae alibi gaudent vel subiectæ sunt, fruantur et subjiciantur.* Quindi, egli soggiunge, quelli che presso di noi sono sottoposti alla tutela o alla cura come i minori, i prodighi o la donna maritata, saranno obbligati ad essere dovunque sotto alla potestà tutoria o maritale, e possederanno e godranno quei diritti che la nostra legge attribuisce alle persone sotto tutela. *Qui prodigus hic est declaratus, alibi contrahens, valide non obligatur, neque convenitur.* Al contrario quelli che secondo la legge di un paese sono maggiori a 21 anni, devono esercitare tutti i diritti annessi alla maggiorennità anche nei paesi nei quali questa è fissata a 25 anni, perchè tutti gli altri Governi devono dare effetto alle leggi e prescrizioni degli altri paesi semprechè esse non pregiudichino i loro propri sudditi o le loro proprie leggi (2).

La teoria di Ubero, che nella sostanza non diversifica dalla nostra, è la conseguenza dei generali principii che egli stabilisce come assiomi e che chiariscono meglio la sua opinione: *Rectores imperiorum,* egli dice, ass. 3, *id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur* (3).

46. Il Boullenois non è molto esplicito nel risolvere la quistione, e fa una distinzione tra le qualificazioni personali che dipendono dalla legge per ragioni generali riconosciute da tutte le nazioni, e le quali impresse una volta accompagnano la persona anche quando muti do-

(1) Froland, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts,* chap. vii, § 13, p. 171.

(2) Huber, *De conflictu legum,* libr. I, tit. iii, § 12.

(3) Id., ibid., lib. I, tit. i, § 2.

micilio; tali sono per lui l'interdizione, la proibizione a fare certi atti per infermità di mente, la legittimità e simili: e le altre che dipendono da disposizioni particolari della legge del domicilio, come la patria potestà e la proibizione fatta alla donna maritata dal Senato consulto Vellejano.

A proposito poi della maggiorità ecco quello che egli scrive:

« Quelle coutume doit déterminer la majorité ou la minorité? « Sur cette question il ne peut y avoir de combat qu'entre la coutume « du domicile actuel et celle du jour de la naissance. Dans mes dis- « sertations mixtes j'ai fait voir que *c'était le domicile de pères et « mères au jour de la naissance qui devait l'emporter*, parce que la « loi acquérait sur un enfant qui naît de parents domiciliés dans l'é- « tendue de son territoire, un droit de veiller pour lui-même, et que « *ce droit de protection la met en état de suivre cet enfant partout où « il peut aller*.... Le lieu de la naissance imprime certainement dans « le sujet une note indélébile » (1).

47. È notabile fra gli altri Henry, giureconsulto inglese del XVII secolo, il quale volendo porre la ragione per la quale deve prevalere in ogni caso la legge del domicilio di origine, dice che ciascuno Stato o nazione deve presumersi il più capace a giudicare dalle circostanze fisiche del clima e di altra natura, quando le facoltà del cittadino sieno fisicamente e moralmente sviluppate in modo da poter provvedere ai proprii interessi (2). Questa stessa ragione è addotta da altri civilisti, secondo osserva l'americano Story (3).

48. Tra coloro che sostengono manifestamente che lo stato e la condizione giuridica delle persone devono essere regolati dalla legge del loro domicilio attuale, citiamo Erzio il quale dice: *hinc status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipsa se se per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit, ut quis major hic, alibi, mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor* (4). La medesima opinione è di-

---

(1) *Traité de la personnalité des lois*, tit. I, cap. II, obs. IV, p. 53.
(2) HENRY, *On foreign Law*, p. 5-6.
(3) STORY, *Conflict of Lavs*, ch. IV.
(4) HERTII, *Opera de collisione legum*, § 4, n° 5, pag. 122.

visa da Paolo e Giovanni Voet, da Burgundio e da Rodenburgo, il quale così si esprime: *Personae enim status et conditio, cum tota regitur a legibus loci, cui illa se se per domicilium subdiderit, utique mutato domicilio mutari et necesse est personae conditionem* (1).

Anche il Pothier è molto esplicito: *Le changement de domicile délivre les personnes de l'empire des lois du lieu de domicile, qu'elles quittent, et les assujettit à celles du lieu du nouveau domicile qu'elles acquièrent* (2).

49. Dalle cose esposte chiaro apparisce, come l'opinione di coloro tra i moderni che considerano l'individuo soggetto dovunque alla legge della patria di lui, anzichè contraria alla *communis opinio*, trova invece un grande sostegno nella dottrina dei giureconsulti medio-evali, che vollero in ogni caso preferita la legge del domicilio d'origine. Non giova disconoscere, che il sistema della legge del domicilio sia sostenuto da scrittori molto rispettabili tra i quali dobbiamo rammentare Savigny, Story e Demangeat (3), ma sono in numero maggiore coloro, che opinano dover essere la legge dello Stato di cui l'individuo sia cittadino, quella che deve regolare la condizione civile e la capacità personale di lui (4).

---

(1) Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. ii, p. 2, c. 1, n. 3. — Vedi Voet, *De stat.*, § 4, c. 2, n. 6. — Burgundus, *Tract.*, ii, n. 5, 6, 7.

(2) Pothier, *Cout. d'Orléans*, ch. i, art. 1, n. 13.

(3) Savigny, *Sistema del diritto rom.*, vol. VIII. — Story, *Conflict of Laws*. Codesto scrittore però sostiene la preferenza del domicilio d'origine, vedi pag. 52. Il più esplicito è Demangeat, il quale pone la questione se allo straniero domiciliato in Francia debba applicarsi la legge francese o la legge nazionale, e risponde: « Nous croyons que le domicile doit l'emporter sur la nationalité » nota (*a*) al n° 29 del Fœlix.

(4) Vedi Merlin, *Répert.*, v° *majorité*, § 4; *Autorisation maritale*, § 10, art. 4. — Pardessus, *Dr. comm.*, t. VI, n. 1482, e Zaccaria, par Aubry et Rau, *Cours de Dr. civ. fr.*, § 31. — Delvincourt, t. I, § 194. — Wheathon, t. I, chap. ii, § 6. — Calvo, *Dr. intern.*, 8 212. — Hefter, *Dr. inter.*, § 59. — Asser, *Droit intern. privé*. — Laurent, *Droit civ. intern.*, t. I. — Durand, *Droit intern. privé*. — Bar, *Das inter. privat und Strafrecht.*

Tutti i giuristi italiani sostengono calorosamente che lo statuto personale debba essere determinato a seconda della legge nazionale di ciascuno tanto che codesta teoria è conosciuta oggi sotto la denominazione di teoria

50. Le legislazioni sono discordi così come gli scrittori nel determinare la legge che deve regolare lo stato e la capacità giuridica delle persone.

Il principio della territorialità della legge era sancito nell'antico Codice delle Due Sicilie di cui l'articolo 5° così disponeva: « Le leggi obbligano tutti quelli che abitano il territorio del Regno siano cittadini o stranieri domiciliati o passeggieri ».

Il sistema che dà la preferenza alla legge del domicilio si trova adottato nella legislazione della Gran Bretagna ed in quella dell'America del Nord.

Il Codice prussiano contiene la seguente disposizione: « Le qua-« lificazioni personali e la capacità di ciascuno son regolate dalla legge « del luogo in cui la persona ha il suo domicilio reale » (art. 23). Questa disposizione si riferisce ai sudditi prussiani, e non fa nessuna distinzione, sia che essi esercitino i loro diritti in una delle provincie soggette alla Prussia e rette da diversa legge, sia in paese straniero.

Rispetto poi agli stranieri la stessa legge stabilisce: « I sudditi di Stati stranieri che risiedono o fanno affari in Prussia devono essere egualmente giudicati secondo le disposizioni precedenti » (art. 34). Dunque la legge cui la persona è per sè stessa soggetta, è, secondo la legislazione prussiana, quella del luogo in cui la persona è domiciliata. A questa regola generale però è fatta una speciale eccezione circa la capacità di contrattare. Il legislatore, considerando che i cittadini possono ignorare la legge in vigore nel luogo di domicilio della

---

della scuola italiana. PESCATORE, fu uno dei suoi propugnatori nell'opera di lui intitolata: *La logica del diritto*. CASANOVA lo fu nel suo *Diritto internazionale*, ma il più forte sostenitore di essa fu il MANCINI, il quale, come cooperò a che la regola fosse elevata a precetto legislativo, avendo egli formato parte della Commissione che elaborò il progetto di codice civile, così influì a che l'Istituto di diritto internazionale la proponesse come regola di diritto internazionale.

MOMMSEN, nel suo *Archiv. für civ. praxis*, LXI, p. 152, manifesta l'idea che il nuovo codice per l'Impero germanico consacri il principio della preferenza della legge nazionale su quella del domicilio, la quale, siccome fu notato da SAVIGNY, ha acquistato nei tempi moderni la forza di un vero diritto comune nella Germania.

persona con cui contrattano, ha stabilito che « gli stranieri i quali contrattano in Prussia sopra oggetti che ivi si trovano, devono essere giudicati rispetto alla loro capacità a contrattare secondo la legge più favorevole alla validità del contratto » (art. 35). In conseguenza un contratto fatto a Berlino da un francese, maggiore di anni 21, è valido perchè la legge francese fissa la maggiorennità agli anni 21 compiti, e un contratto fatto da un individuo dell'età di anni 21 e domiciliato in un paese retto dal diritto romano, è pure valido perchè quantunque la legge del suo domicilio fissi la maggiorennità ai 25 anni, si applicherebbe la legge prussiana.

51. Nella legislazione francese noi troviamo che il principio da noi sostenuto è sanzionato rispetto ai francesi residenti all'estero, ma non rispetto agli stranieri residenti in Francia. L'articolo 3, paragrafo 3 del Codice civile francese, stabilisce: « le leggi che si riferiscono allo stato ed alla capacità delle persone regolano i francesi anche residenti in paese straniero ». Quindi il francese non può in paese straniero stipulare validamente atti di qualunque natura, che sarebbe incapace di stipulare in Francia, anche quando fosse capace secondo la legge del paese in cui si trovasse. Come d'altra parte il francese non può in alcun caso prevalersi in Francia delle disposizioni di una legge straniera per contestare sotto il rapporto della sua capacità la validità degli atti da lui stipulati in paese straniero. Ma la disposizione del paragrafo 3, dell'articolo 3, si può applicare anche agli stranieri residenti in Francia? Saranno questi sotto l'impero delle loro leggi nazionali per tutto ciò che concerne il loro stato e la loro capacità, ovvero, secondo pensano alcuni (1), dopo l'autorizzazione loro accordata dal governo di stabilire il domicilio in Francia, sarà loro applicabile la legge personale francese?

I compilatori del Codice Napoleone si sono astenuti dal risolvere questa importante questione. Essi non hanno prescritto formalmente l'applicazione delle leggi straniere nelle contestazioni relative allo stato e alla capacità giuridica degli stranieri, forse pel timore di stabilire una regola che avesse potuto compromettere interessi

(1) Demangeat, *Condition des étrangers en France*, pag. 81.

francesi degni di protezione. Il Merlin riflette che dal principio il quale stabilisce che le leggi francesi relative allo stato e alla capacità delle persone reggono i francesi anche residenti in paese straniero, ne nasce naturalmente che per reciprocità le leggi che regolano lo stato e la capacità degli stranieri li seguono in Francia, e che secondo tali leggi i magistrati debbano giudicare (1). Gli scrittori francesi e la giurisprudenza accettano come regola generale tale principio; ma è certo che la legislazione non elimina gli equivoci, che molto è lasciato al giudizio dei magistrati, che valenti giureconsulti hanno fatto al principio generale parecchie eccezioni, e che finalmente, se i tribunali francesi senza motivi sufficienti si ricusassero di applicare la legge nazionale degli stranieri, non potrebbero per questo solo motivo essere dichiarati contravventori della legge francese ed incorrere per conseguenza nella censura della Corte di cassazione, perchè nel fatto la legge non ha una prescrizione formale.

Dobbiamo per altro notare, che a riguardo degli italiani deve ammettersi l'applicazione della loro legge nazionale in virtù della disposizione dell'art. 11 del Codice civile francese, il quale dispone, che gli stranieri godranno in Francia degli stessi diritti civili che saranno accordati ai francesi dallo Stato, a cui i detti stranieri appartengano. Ora siccome a norma del Codice nostro i francesi possono domandare in Italia l'applicazione della loro legge nazionale in tutte le questioni che concernono lo stato, la capacità ed i rapporti di famiglia, così deve ritenersi obbligatoria in Francia l'applicazione della legge nostra agli italiani per le controversie relative ai detti rapporti.

52. A norma del Codice austriaco, §§ 4 e 34, la legge del domicilio è applicabile a riguardo degli stranieri, che abbiano fissato in Austria il domicilio, mentre che per gli austriaci all'estero si ammette che essi debbano essere retti dovunque dalla legge austriaca.

Il sistema che dà la preferenza alla legge dello stato, di cui l'individuo è cittadino trovasi principalmente sancito nel Codice civile italiano che così dispone (art. 6): « Lo stato e la capacità delle per-

(1) MERLIN, *Répert.*, v. *Lois*, § 6, 6.

sone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui essi appartengono » (1).

Nel Codice neerlandese del 1829 trovasi sancito il principio che la legge nazionale accompagna i neerlandesi dovunque (art. 6).

Va pure notato che le legge generale alemanna sulla lettera di cambio, § 84, dispone che la capacità di obbligarsi con lettera di cambio deve essere apprezzata a norma della legge nazionale. La stessa disposizione si trova nella legge danese, § 84, e nel Codice federale svizzero delle obbligazioni, § 822.

Il Codice civile del Cantone di Berna sancisce pure la preferenza della legge nazionale; esso infatti così dispone all'art. 4: « Le leggi civili si applicano alle persone e alle cose soggette alla sovranità dello Stato. Tuttavia i cittadini bernesi all'estero e gli stranieri a Berna saranno giudicati quanto alla loro capacità personale secondo le leggi della loro patria rispettiva. Le forme degli atti saranno giudicate secondo la legge del paese in cui furono stipulate ».

53. Non ostante tanta diversità tra le disposizioni di diritto positivo è un fatto degno di nota che si può oramai considerare come regola

---

(1) Come fu notato in altro luogo (V. *Dir. pubbl. intern.*, vol. II, lib. IV, cap. 6). L'avere il legislatore italiano proclamato la legge nazionale come legge personale non si può considerare esatto nella precisione del linguaggio giuridico, e ci rincresce che la medesima espressione sia stata adottata nelle regole proposte dall'istituto di diritto internazionale, meglio sarebbe stato se si fosse detto: « *la legge dello Stato di cui ciascuno è cittadino* ». È vero che nei tempi nostri si adopera promiscuamente *Stato* e *Nazione*, *nazionale* e *cittadino*, e quindi legge nazionale equivale a legge dello Stato. Non si può non pertanto non riconoscere che l'espressione *legge nazionale* non sia inesatta, e che prendendo la parola nel significato giuridico tecnico non abbia un significato diverso da quello che il legislatore ha voluto attribuirle.

Quale è, ad esempio, la legge personale dei Polacchi, dei Boemi e degli Italiani stessi soggetti all'Austria. Avendo essi le loro legislazioni nazionali si dovrà forse applicare a ciascuno la legge nazionale di lui?

Dicendo invece, come si ritiene, che ai Polonesi soggetti alla Russia deve oggi applicarsi la legge russa, agli Italiani soggetti all'Austria la legge austriaca, si viene così a considerare codesta legge come nazionale per essi, e a pregiudicare indirettamente la questione della nazionalità, ammettendo quasi che la loro nazionalità sia la russa o l'austriaca.

di diritto comune per tutti gli Stati d'Europa, che le leggi relative allo stato ed alla capacità giuridica seguono il cittadino dovunque, della quale regola la giusta conseguenza sarebbe l'altra regola reciproca, che cioè lo stato e la capacità giuridica dello straniero dovessero essere regolati dalla legge dello Stato, di cui esso fosse cittadino.

Questa a noi sembra del resto la regola più conforme ai principii razionali, ed ecco gli argomenti principali in sostegno di tale opinione.

È un fatto generale, che ogni individuo nasce cittadino di una patria, e che la cittadinanza stabilisce un rapporto permanente fra la legge e l'individuo. Questi acquista la sua personalità civile in conformità della legge della patria di lui, la quale determina, quando esiste la persona giuridica, se ciascuno debba reputarsi figlio legittimo naturale o adulterino; quali siano i diritti e quali i doveri che all'individuo appartengono nei suoi rapporti con la famiglia, col patrimonio, con lo Stato.

Essendo la cittadinanza un rapporto libero, volontario e permanente fino a tanto che l'individuo non ne acquisti una diversa, pare più consentaneo al rispetto dovuto alla personalità umana, che questa sia retta dovunque dalla legge dello Stato, col quale in virtù della cittadinanza essa si trovi in codesto rapporto. Non si può infatti supporre, che tale rapporto venga a rompersi pel dato e fatto del dimorare in territorio straniero, e neanche per avere ivi fissato il domicilio. Lo straniero domiciliato continua infatti ad essere cittadino del suo paese, e siccome egli non perde il suo carattere nazionale, e col domicilio non rompe i legami che lo legano alla sovranità nazionale, così può esigere non solo di essere sotto la protezione del sovrano nazionale, ma domandare altresì che la sua condizione giuridica, la sua capacità, i suoi diritti, così come sono determinati dalla legge della sua patria, sieno riconosciuti e rispettati, non in virtù dei trattati, ma in virtù degli alti principii di giustizia, che devono regolare i rapporti tra gli Stati ed il libero sviluppo della personalità umana. D'altra parte il sovrano territoriale non può pretendere, che il rapporto tra l'individuo e la sua legge personale debba essere considerato come un rapporto geografico, a fine di assoggettare

in tutto alla legge territoriale lo straniero che dimori nel territorio. Nè si può supporre che lo straniero col semplice fatto del domicilio abbia potuto acquistare le abitudini, il carattere, le qualità fondamentali giuridiche, sulle quali si fondano in gran parte le leggi che regolano lo stato e la capacità giuridica delle persone. Dovendosi invece supporre codeste qualità e cotesto carattere permanenti, come la cittadinanza, il sovrano territoriale non può avere alcuno interesse per sottrarre lo straniero dalla soggezione alla sua legge naturale, ed imporre ad esso leggi fatte pei propri cittadini. Il suo unico diritto può essere d'impedire, che lo straniero eserciti i diritti nel territorio in virtù della legge del suo paese, quando l'esercizio e il riconoscimento di tali diritti vengano ad offendere i principii di ordine pubblico e di diritto pubblico vigenti nel territorio.

54. Dalle quali cose deduciamo, che il sistema, il quale ammette la preferenza della legge nazionale, è in massima il più conforme ai principii razionali (1). Diremo poi con quali limitazioni l'accettiamo. Troviamo opportuno di notare che alcuni principii del diritto romano, i quali indirettamente concernano la questione di cui ci occupiamo, suffragano la nostra opinione.

---

(1) Gli argomenti addotti dagli scrittori, che considerarono come legge personale la legge del domicilio d'origine, possono valere a suffragare la nostra opinione. Story, dopo avere esposto la teoria dei medesimi, riferisce, tra le altre, l'opinione di Henry, che così si esprime:

« The reason given by those civilians, who hold the opinion, that the « law of the domicil of birth ought in all cases to prevail over the law of the « place of the actual domicil in fixing the age of majority, and that it remains « unalterable by any change of domicil, is, that each state or nation is presu- « med to be the best capable of judging from the physical circumstances of « climate or otherwise, when the faculties of its citizens are morally or civilly « perfect for the purposes of society ». La ragione dei civilisti che opinano, che per fissare l'epoca della maggiorità debba in ogni caso prevalere la legge del domicilio di origine su quella del domicilio attuale, e che debba essere inalterabile non ostante i successivi mutamenti di domicilio, è, perchè ciascuno Stato o nazione si deve presumere il più competente a giudicare secondo le circostanze fisiche di clima e simili, quando le facoltà dei suoi cittadini siano moralmente e civilmente perfette. — Story, *Conflict of Laws*, § 72.

Secondo una regola di diritto, sanzionato da un senato-consulto dei tempi di Adriano, il fanciullo nato da un matrimonio contratto *secundum leges moresque peregrinorum* seguiva la condizione del padre, quando all'epoca della nascita la madre sola e non il padre avesse ottenuto il diritto di cittadinanza romana. *Peregrina si vulgo conceperit, deinde civis romana facta sit et pariat, civem romanum parit: si vero ex peregrino, cui* SECUNDUM LEGES MORESQUE PEREGRINORUM CONJUNCTA EST, *videtur.... peregrinus nasci* (1). In modo che lo *status* dei *legitime concepti* era regolato *secundum leges moresque peregrinorum* all'epoca del concepimento.

L'obbligazione del *fidepromissor* non passava agli eredi come quella del *fidejussor:* però si ammetteva un'eccezione quando il *fidepromissor* era un *peregrinus*, e la legge positiva della sua città era diversa dalla romana. *Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus*, ET ALIO JURE CIVITAS EJUS UTATUR (2).

Quelli che non erano nè *cives* nè *latini*, ma solamente *peregrini* e con certe restrizioni (*dedititiorum numero*) non potevano fare a Roma un testamento valido, nè come cittadini romani, perchè non ne avevano il titolo, nè come peregrini, perchè non erano cittadini di alcuna città: *Is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus,* QUONIAM NULLIUS CERTÆ CIVITATIS CIVIS EST, UT ADVERSUS LEGES CIVITATIS SUÆ TESTETUR (3). Dunque se essi appartenevano ad una città determinata, e la legge del loro paese riconosceva il diritto di testare, e aveva regole speciali per l'esercizio di tal diritto, potevano fare a Roma un testamento valido secondo le leggi della loro patria.

Da' testi citati si può conchiudere che il diritto di cittadinanza in una città determinava per ciascun individuo il diritto locale, cui era personalmente sottoposto, e secondo cui doveva essere giudicato.

---

(1) GAY, *Comm.*, I, § 92.
(2) Id., ibid., III, § 120.
(3) ULP., *Fragm.*, tit. XX, § 14.

55. Noi non staremo a riprodurre le dotte considerazioni del Savigny (1) sulle importanti differenze giuridiche dell'*origo* e del *domicilium* secondo il diritto romano; ci contenteremo solamente di notare, che l'impero romano fu una vasta agglomerazione di comuni urbani, la gran parte municipii e colonie, e di comuni secondari, ciascuno dei quali aveva la sua costituzione più o meno indipendente, i suoi magistrati, la sua giurisdizione ed anche la sua legislazione speciale. Questo che fu dapprima l'organamento dell'Italia, divenne ai tempi dei grandi giureconsulti, cioè al secondo e terzo secolo dell'êra cristiana, l'organamento di tutto l'Impero, in modo che gli abitanti di esso appartenevano o alla città di Roma, o ad uno di questi comuni designati col nome di *civitates* o *respublicæ*. Ogni individuo era in rapporto immediato colla legge del proprio comune, e tale rapporto si stabiliva o colla cittadinanza o colla residenza nel territorio di quel comune. La cittadinanza si acquistava in varii modi. *Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio* (2). Però il modo più ordinario per acquistarla era la nascita, tanto che fu denotato colla parola *origo* questo rapporto, ed il diritto che esso conferiva. *Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolas vero domicilium facit* (3). I diritti che derivavano dalla nascita erano ben diversi da quelli che derivavano dall'incolato: e sono giuridicamente ben distinti *municipes* e *incolæ: jus originis* e *jus domicilii: forum originis* e *forum domicilii: patria* e *domus*.

È notabile però, che potendo un individuo appartenere ad una città per la nascita o pel domicilio, quando si voleva determinare il diritto locale, che gli era applicabile, si preferiva il diritto della città, cui egli apparteneva per nascita, a quello della città in cui era domiciliato. « Io ritengo come incontestabile (dice il Savigny dopo accurate e dotte ricerche) che quando un individuo aveva il diritto di cittadinanza, ed il domicilio in diverse città, la legge locale, da cui era regolato, era determinata dalla cittadinanza e non dal domicilio. Ecco

(1) Savigny, *Traité du Droit romain*, vol. VIII, § 350 a 359.
(2) Dig., I, 1, *Ad municip.*, L. 1.
(3) Cod., L. 7, *De incolis*, x, 39.

le ragioni che militano in favore di tale opinione. Primieramente paragonando la cittadinanza al domicilio, che poteva dipendere da una volontà arbitraria o capricciosa, il diritto di città era per sè stesso un legame più stretto e superiore. Secondo, era il più antico, perchè rimontava all'epoca della nascita, e il domicilio non poteva essere che il risultato di un atto posteriore di libera volontà. Non vi era dunque ragione per immutare il diritto territoriale una volta stabilito per la persona. Terzo, nel testo di Gaio si legge: *si alio jure civitas ejus utatur;* ed in quello di Ulpiano: *quoniam nullius civitatis civis est;* dal che apparisce che il diritto territoriale, cui la persona si considerava sottoposta era quello della città, non quello del domicilio ».

Il solo caso in cui, secondo il Savigny, si applicava la legge del luogo del domicilio, era quando l'individuo non aveva il diritto di cittadinanza in nessuna città.

Da tutto ciò noi conchiudiamo, che benchè le decisioni dei giureconsulti romani sieno incomplete, pure la teoria moderna, che dà tanta importanza alla legge della patria di ciascuno, ha molta analogia con quella del diritto romano. Tanto più perchè i romani non intendevano per luogo di nascita quello in cui il fanciullo materialmente nasceva: *Est autem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente.*

56. Gl'inconvenienti che derivano dal sistema che dà la preferenza alla legge del domicilio valgono pure a confermarci nell'opinione sostenuta.

I giureconsulti, avendo tutti riconosciuta la necessità di rendere stabile e certo lo stato della persona, dovrebbero pure convenire, che questo si otterrebbe più difficilmente facendo tutto dipendere dal domicilio. La nozione del domicilio non è tanto certa e determinata come quella della cittadinanza, e soventi riesce difficile di decidere, se la sede principale o il centro degli affari di una persona, da cui dipende poi il domicilio, sia in un luogo o in un altro. Il mutamento del domicilio può essere attuato con facilità, e quindi può rimanere mutato così lo statuto personale. Bisogna inoltre considerare, che il peggioramento della condizione giuridica, che può essere la conseguenza della mutazione del

domicilio, non può in ogni caso giustificarsi adducendo, come dice Rocco, che l'individuo deve imputare a se stesso, se avendo volontariamente mutato il domicilio, si sia così posto in condizione di vedere mutata la sua legge personale, imperocchè la mutazione del domicilio può essere un fatto necessario a riguardo di certe persone, come il minore non emancipato e la donna maritata, rispetto ai quali il peggioramento dello stato personale potrebbe essere la conseguenza di una semplice mutazione di domicilio da parte del padre, che volesse più a lungo e più vantaggiosamente esercitare i diritti di patria potestà, o da parte del marito, che volesse peggiorare la condizione della moglie di lui. Così pure un debitore potrebbe menomare le garanzie di un creditore con un semplice trasferimento di domicilio.

57. Riconosciamo, che alcuni di questi inconvenienti si possono verificare anche nel sistema che ammette la preferenza della legge nazionale, ma il rapporto della cittadinanza è più certo, più determinato e più permanente, e non troviamo veramente ragione, esistessero pure inconvenienti da una parte e dall'altra, per ammettere che i rapporti temporanei, che si stabiliscono in virtù del domicilio, possono ridurre al nulla quelli più intimi, più certi e più duraturi, che legano l'individuo alla sovranità e alla legge della sua patria.

Ad ovviare poi agli inconvenienti converrebbe che gli Stati si accordassero in quanto ai principii relativi all'acquisto ed alla perdita della cittadinanza, ed all'influenza che rispetto a questa può esercitare il domicilio prolungato.

58. In alcune leggi prevale il principio, che il domicilio per quanto prolungato non possa servire all'acquisto della cittadinanza: così è secondo la legge nostra.

Dobbiamo però osservare, che quantunque il domicilio e la cittadinanza siano due rapporti essenzialmente diversi, e non si possa ammettere in massima, che pel dato e fatto del trasportare altrove il centro dei propri affari vengano a rompersi i rapporti con la patria, pure è un fatto, che il nucleo dell'associazione politica (l'unità morale della quale trova la sua ultima espressione nella sovranità), è formato dalla popolazione stabile, e che la comunanza di vita sociale e politica non si può attuare, che sotto la condizione di rapporti reali

ed effettivi. Questi non si possono considerare rotti col semplice fatto di trasportare altrove il centro dei propri affari, però, quando uno si fosse allontanato dalla sua patria coll'intenzione manifesta di non più ritornarvi, e si fosse stabilito definitivamente in un paese, e lo stabilimento del suo domicilio ivi in considerazione della sua durata avesse acquistato una certa stabilità, e l'individuo non avesse neanche fatto alcuna dichiarazione espressa di volere riservare i diritti della propria cittadinanza di origine, in tali circostanze si dovrebbe presumere, che elasso un determinato tempo (10 anni, per esempio) la cittadinanza primiera fosse perduta, e la nuova acquistata in virtù del domicilio prolungato. In questa guisa si eviterebbe l'inconveniente, che coloro i quali per lunghi anni si fossero stabiliti in un paese, potessero con ingrata sorpresa invocare l'applicazione della legge della loro patria, con la quale essi avessero effettivamente rotti tutti i legami.

I rapporti che derivano dal domicilio possono inoltre valere a determinare la legge personale, quando non si possa attribuire alla persona la cittadinanza di alcun paese determinato. In questa condizione si possono trovare tutte le persone, che non appartengono ad uno Stato politicamente costituito e riconosciuto. Tali sono gli individui provenienti dalle interne regioni dell'Africa, o quelli che facciano parte di tribù nomadi, e che si siano stabiliti in un dato paese. In questo ed in ogni altro caso, in cui non riesca stabilire mediante la cittadinanza il rapporto fra l'individuo e la sua legge personale, non evvi altro fatto più immediato di quello del domicilio.

Vogliamo notare, che il rapporto che deriva dal domicilio, può avere anche la sua importanza nel determinare la legge personale, se si tratti di uno straniero cittadino di uno Stato retto da diverse leggi, come accade, ad esempio, per la Gran Bretagna, ove s'incontra una notabile varietà di leggi tra le legislazioni che reggono l'Irlanda, la Scozia e l'Inghilterra. In tale ipotesi, oltre il fatto della cittadinanza, occorre pure stabilire quello del domicilio per determinare quale delle diverse leggi, che regolano le diverse regioni del medesimo Stato, debba a preferenza applicarsi.

59. Potrebbe anche verificarsi il caso che alla persona non potesse assegnarsi nè una cittadinanza nè un domicilio. Così, a norma della

legge nostra, quando s'ignori il padre e la madre è cittadino l'individuo nato nel Regno. Ma se non fosse nato nel Regno? Se si trattasse di un fanciullo abbandonato da un viaggiatore che viaggiava in ferrovia? Come pure se si trattasse di uno che non avesse stabilito un domicilio? In tali evenienze, qualora fosse necessario di regolare o di determinare la condizione giuridica di tali persone, non si potrebbe fare altrimenti, che applicare ad esse la legge del paese in cui soggiornassero. Non si può al certo ammettere che una persona possa essere nella condizione veramente anormale di non essere soggetta a nessuna legge civile; laonde ci sembra conforme ai giusti principii, quando manchi la legge della patria, di considerare come legge sussidiaria quella del domicilio, e quando poi nell'individuo non si possa trovare nè il carattere del cittadino, nè quello del domiciliato, sia giocoforza di riconoscere in esso il carattere dell'uomo civile con la sua natura cosmopolitica, e soggetto come tale alle leggi del paese in cui soggiorna.

60. I principii da noi esposti circa la legge personale di ciascuno devono applicarsi non solo per determinare la legge, che deve regolare lo stato, ma quella altresì, che deve regolare la capacità giuridica e i diritti, che ne sono la conseguenza. Non si può infatti separare una cosa dall'altra, come alcuni hanno pensato di sostenere. Spetta alla legge, a cui ciascuno deve rimanere soggetto, non solo di fissare lo stato della persona, ma di determinare altresì la condizione giuridica di essa, e la facoltà di esercitare certi diritti, che dallo stato stesso derivano. Ammettendo la distinzione, che alcuni scrittori vorrebbero fare, tra stato e capacità, e ritenendo che per decidere chi sia maritato o celibe, emancipato o sotto tutela debba applicarsi la legge personale, e per decidere poi se la donna maritata abbia o no bisogno dell'autorizzazione del marito per obbligarsi validamente, o se il minore abbia bisogno dell'assistenza o della rappresentanza del tutore, o dell'omologazione del tribunale, si debba applicare la legge del luogo, ove il negozio giuridico sia stato fatto, si arriverebbe a rendere frustranea l'autorità della legge, a cui la persona dovrebbe rimanere ovunque soggetta.

Quando la legge attribuisce ad un individuo lo stato, non riconosce in esso una qualità astratta, ma una condizione giuridica da cui

deriva l'attitudine a divenire il soggetto di diritti e di obbligazioni. Conseguentemente le questioni di stato e quelle di capacità giuridica sono così intimamente connesse, che non si possono risolvere con principii diversi.

61. Coloro che sostengono l'opinione contraria dicono, ad esempio, che per decidere se un figlio di famiglia debba reputarsi o no soggetto alla patria potestà, si dovrà applicare la legge di lui personale, ma che per decidere poi se esso poteva validamente prestare denaro senza il consenso di suo padre, se poteva validamente farsi garante e via dicendo, dovrà applicarsi la legge vigente nel paese ove tali atti siano stati fatti. A sostegno di tale loro opinione essi adducono, che, non potendo i cittadini conoscere esattamente di quali atti lo straniero potesse essere capace secondo la sua legge personale, potrebbero essere danneggiati, se esso potesse prevalersi di essa onde invalidare gli atti validi secondo la legge del luogo, in cui fossero posti in essere. Ai quali argomenti noi contrapponiamo, che i cittadini devono conoscere, o si presume che non ignorino, che lo straniero, equiparato pure al cittadino nel godimento dei diritti civili, non può esercitare questi che a norma della legge, alla quale esso deve rimanere soggetto per la sua persona, e che quindi la sua capacità personale dev'essere a lui attribuita a norma della detta legge, e non a seconda di quella del luogo, nel quale venga ad obbligarsi. Supposto che egli fosse incapace secondo la sua legge personale, tale sua incapacità non potrebbe quindi essere eliminata applicando ad esso la legge territoriale.

62. Dice con ragione Pardessus: « Une personne déclarée incapable par la loi du pays dont elle est sujette, ne peut être relevée de cette incapacité par l'application d'une loi française. Elle n'est capable, que dans les limites de sa loi *nationale*, pour les actes qu'elle lui permet, et même qu'en remplissant les conditions prescrites par cette loi » (1).

Zaccaria così si esprime:

« Le juge français, appelé à statuer sur la validité d'un acte

(1) Pardessus, *Dr. comm.*, t. IV, n° 1482, p. 239 (6me édit.).

passé par un étranger, et attaqué par ce dernier pour cause d'incapacité, doit, en général, prendre pour guide de sa décision *la loi nationale* de cet étranger. Ainsi, un acte passé par un étranger capable d'après la législation de son pays, doit être maintenu par le juge français, bien que d'après la loi française cet étranger fût dépourvu de la capacité nécessaire. Réciproquement, les actes passés par un étranger incapable d'après sa loi nationale, doivent être annulés, bien que, d'après la loi française, il jouisse de la capacité requise » (1).

63. L'unica eccezione che si deve ammettere a riguardo dei principii finora sviluppati si è questa, che cioè l'applicazione della legge straniera, anche in quello che regola lo stato e la capacità giuridica delle persone ad essa soggette non deve essere ammessa ogniqualvolta che riconoscendo l'autorità di detta legge nè verrebbe ad essere offeso un principio di ordine pubblico o di diritto sociale sancito dal legislatore del luogo, ove la legge straniera dovrebbe applicarsi. Noi chiariremo in seguito il vero senso di questa eccezione (2). Ora reputiamo sufficiente l'avere stabilito la regola generale, che cioè ogni legge che regoli lo stato e la capacità giuridica dei cittadini, deve avere un'autorità extraterritoriale, salvo il caso che l'applicazione di essa offenda i principii di ordine pubblico o del diritto pubblico territoriale.

---

(1) *Cours de Droit civ. fran.*, par Aubry et Rau, § 31, 2° (*a*), p. 92 (4me édit., 1869).

(2) Vedi il Capitolo 7 nel quale trattiamo dell'autorità territoriale del diritto pubblico e delle leggi di ordine pubblico.

NB. Per completare la teoria esposta in codesto capitolo, si tenga conto di quello che trovasi in seguito, al vol. III, capitolo 3° del Libro V, §§ 1337-1359, ove si discorre del conflitto nascente tra le norme di diritto internazionale privato e trovasi meglio determinato il concetto dello statuto personale, specialmente ai §§ 1349 e seguenti.

Per quello poi che concerne le disposizioni di ordine pubblico ed i giusti limiti dell'autorità delle leggi estere quando esse deroghino al diritto pubblico territoriale, vedi al vol. III i §§ 1321, 1336.

CAPITOLO II.

Della legge che deve regolare i rapporti di famiglia ed i diritti che ne derivano.

64. Idea generale dei rapporti di famiglia. — 65. Il matrimonio che è la base dello stato di famiglia non può essere retto cogli stessi principii che i rapporti convenzionali. — 66. Il matrimonio è stato diversamente considerato di fronte al diritto positivo. — 67. Disparere degli scrittori nel determinare la legge che deve regolare i rapporti di famiglia. — 68. Il matrimonio non può essere equiparato a qualunque altro contratto. — 69. Opinione di coloro che vorrebbero far tutto dipendere dalla legge del domicilio matrimoniale. — 70. Critica della loro teoria. — 71. Opinione nostra.

64. I rapporti di famiglia sono la conseguenza dello stato di famiglia, il quale deriva principalmente dal matrimonio, che di essa è la base fondamentale, e che attribuisce all'uomo ed alla donna, che si uniscono in matrimonio lo stato di marito e di moglie, e alle persone, che nascono da tale unione, quello di figli legittimi.

I diritti e le obbligazioni, che da tale stato derivano, sono la conseguenza dello stato medesimo e costituiscono quelli che si dicono rapporti di famiglia. Codesti diritti e codesti rapporti potrebbero pure essere compresi sotto la categoria generale *stato delle persone*. Riesce nondimeno opportuno di farne una trattazione a parte.

65. Lo stato di famiglia ha infatti la sua base sul matrimonio, che è l'atto più solenne della vita civile, il quale siccome si pone in essere mediante il consenso delle parti, così ha per la sua propria natura alcuni degli elementi che appartengono al diritto convenzionale. Quantunque invero siano diverse le modalità sancite dalle leggi positive a riguardo delle condizioni, alle quali l'esistenza legale del matrimonio è subordinata, è pure un fatto, che tutte si accordano nel ritenere come carattere essenziale dell'unione coniugale l'essere essa costituita sotto tre condizioni, cioè la capacità delle parti contraenti di sesso diverso, il loro consenso respettivo di unirsi come marito e

moglie, la celebrazione solenne dell'atto col quale l'unione coniugale è stabilita.

Cotesti elementi, che si trovano nei rapporti convenzionali, potrebbero far nascere il dubbio, che nel determinare la legge che deve regolare il matrimonio, da cui derivano poi i rapporti di famiglia, si potesse tener conto dei principii stessi secondo i quali si deve determinare la legge delle relazioni contrattuali. Questo però non può certamente ammettersi, quando si consideri, che il matrimonio è la più importante istituzione sociale, che non si può confondere con nessuno dei rapporti contrattuali, tutto che sia posto in essere mediante il reciproco consenso delle parti.

66. Giova inoltre considerare, che intorno alla natura del matrimonio, che è la base della società civile, le più gravi discussioni sono state fatte e si fanno tuttora, perchè in esso non sono soltanto coinvolti gli interessi delle parti contraenti e quelli della nuova famiglia che sta per essere formata, ma quelli altresì dei terzi, che possono avere rapporti con essa, e quelli della società, e i principii della pubblica moralità, che coll'ordinamento della famiglia sono connessi.

Secondo il concetto prevalente in certe legislazioni, il matrimonio, benchè costituito mediante il consenso delle parti è stato considerato come una istituzione religiosa e perpetua, di maniera che la sanzione religiosa non è stata reputata necessaria soltanto a fine di imprimere il carattere della moralità all'unione sessuale, ma ancora bensì per attribuire ad esso il carattere del fatto giuridico al cospetto della legge civile, in guisa che di fronte a codesta legge il medesimo, come stato civile, non si è considerato esistente, che subordinatamente alla sanzione religiosa. In altre leggi è prevalso invece un concetto diverso, quello cioè di considerare tale rapporto come un mero rapporto civile interamente indipendente dalle credenze religiose, e legalmente costituito ogni qualvolta, che il consenso respettivo di unirsi come marito e moglie sia stato prestato sotto le condizioni richieste dalla legge civile per la celebrazione del matrimonio. Conseguentemente codeste leggi hanno considerato il matrimonio come un contratto personale e consensuale, non confondendolo mai con nessuno degli altri contratti civili, nè mai subordinandolo alle stesse regole

alle quali essi sono soggetti. Per la qual cosa in alcuni paesi si ritiene tuttora indispensabile a tutelare gli interessi generali della società il dichiarare tale unione perpetua ed indissolubile fino alla morte di uno dei coniugi, in altri si ammette invece come indispensabile a tutelare gli interessi stessi della società il concedere in certi casi di potere sciogliere il vincolo coniugale mediante il divorzio, sempre subordinatamente però alle condizioni stabilite dalla legge, le quali sono poi determinate nei diversi luoghi con criteri inspirati a diversi concetti.

Che se finalmente si consideri, che i rapporti di famiglia sono pure la base dei rapporti col patrimonio familiare, i quali non si possono equiparare a quelli sui beni considerati in generale quali oggetti di diritto, essendo che i diritti sul patrimonio familiare siano essi pure soggetti a regole speciali, che trovano il loro fondamento sui rapporti di famiglia, tutto conduce a concludere essere indispensabile di discutere a parte le questioni, che concernono i rapporti ed i diritti di famiglia, non potendo riuscire ordinato e sufficiente di trattare di essi sotto la categoria generale dello *stato delle persone*.

67. Nel determinare la legge, che deve regolare il matrimonio ed i rapporti di famiglia gli scrittori sono arrivati a sostenere opinioni diverse. Alcuni hanno stimato potersi dare tutta l'importanza all'autonomia delle parti ammettendo che il matrimonio dovesse essere retto dalla legge del luogo, nel quale fosse stato celebrato, od a quella alla quale i contraenti si fossero riferiti nel celebrarlo. Tale dottrina che troviamo accettata nel diritto anglo-americano (1) trova il suo fondamento sul concetto non al certo esatto, che cioè, il matrimonio possa essere equiparato a qualsisia altro contratto. I giuristi americani si fondano infatti sulle regole stesse, che essi applicano ai contratti onde stabilire la validità del matrimonio; e siccome ammettono che la volon-

---

(1) STORY dice: « a riguardo del contratto di matrimonio le decisioni delle Corti inglesi hanno stabilito la regola, che un matrimonio tra stranieri valido secondo la legge del luogo ove fu celebrato è ancora valido dovunque », § 79, *Conflict of Laws*. Egli riferisce molti casi decisi dai tribunali inglesi e americani, nei quali la detta massima fu applicata.

taria soggezione alla legge del luogo, in cui ciascuno contratti, debba reputarsi sufficiente ad assoggettare in tutto la persona alla legge ivi vigente, così essi opinano che lo stesso debba essere del matrimonio. Essi soggiungono, che essendo il matrimonio di diritto delle genti, riesce più opportuno in pratica presso tutti i paesi civili, che il giudice, per decidere intorno alla sua validità, tenga conto della legge vigente nel luogo, in cui sia stato celebrato (1).

68. Codesta opinione non può al certo essere giustificata, imperocchè, quantunque il matrimonio, avuto riguardo alla sua costituzione, si voglia considerare come un contratto consensuale e personale, non si può pur tuttavia mai discorrere di esso come di qualunque altro contratto. Essendo in esso complicati tanti interessi, e quelli sopra tutto dello Stato, al quale la famiglia appartiene, non si può ammettere che possa essere nell'arbitrio dei coniugi di sottomettersi in tutto alla legge del luogo, ove il medesimo sia da essi celebrato, e molto meno poi che possa essere lasciato in balìa degli stessi di riferirsi a questa o a quella legge. La legge del luogo della celebrazione del matrimonio può regolare le solennità e le forme in virtù del principio *locus regit actum*, ma quello, che concerne la sostanza di esso ed i requisiti essenziali per la validità del medesimo, non può essere assoggettato alle stesse regole alle quali sono assoggettate le forme esterne dell'atto.

69. L'opinione che conta maggiori fautori è quella, che vuole applicata la legge del domicilio matrimoniale, la quale è tanto generalmente accettata, che la si può dire una *communis opinio*. Il Bouhier, il Burgundio, il Boullenois, il Burge, lo Story, il Savigny, il Rocco (2) e molti altri la difendono senza quasi rendersene ragione, tanto a loro sembra incontrovertibile il principio. Tale fatto si spiega considerando come nei tempi, in cui scrissero i grandi giureconsulti antichi, gli Stati fossero divisi in anguste frazioni territoriali, e come non vi potesse essere altro criterio idoneo a determinare i diritti dei coniugi ed i

---

(1) Vedi la causa Scrimshire v. Scrimshire citata da Story, § 80.

(2) Bouhier, *Cout. de Bourg.*, ch. xxii, § 18-28; Boullenois, *Observ.*, 36; Burge, *Comment. on colonial Law*, parte 1ª, ch. vi, § 2; Story, *Conflict of Law*, chap. vi, § 189 a 194; Savigny, *Traité du Droit romain*, § 379; Rocco, parte 3ª, cap. xx.

rapporti di famiglia, che la legge del domicilio matrimoniale. Quando poi pel bisogno generalmente sentito di ordine e di unità legislativa furono fatti i codici moderni, la stessa teoria continuò a prevalere e per la costante tradizione scientifica e per la stessa vita giuridica degli Stati, i quali considerandosi isolati non ammettevano nel proprio territorio l'applicazione di nessuna legge straniera. Nei tempi moderni però le condizioni sono mutate notabilmente, e non possiamo accettare l'opinione dei giureconsulti antichi senza esaminarne il fondamento.

Di essa i sostenitori invocano primieramente l'autorità del diritto romano riportando fra gli altri i seguenti testi: *Deductione enim opus esse in mariti non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii* (1). — *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus* (2). — *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim id genus contractus est, ut potius eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura* (3).

Questi testi non fanno al caso nostro: essi infatti non suppongono nessuna diversità nella legge che regola il matrimonio, e determinano solamente il luogo ed il modo di esercitare certi diritti e certi rapporti che da esso derivano. Per noi la questione è del tutto diversa, e verte intorno al determinare fra diverse leggi, quale sia quella destinata a regolare cotesti diritti e cotesti rapporti.

Il Savigny ammette, che il domicilio del marito determini il diritto locale del matrimonio, perchè il marito è capo della famiglia, e perchè il *vinculum juris* ha origine nel domicilio del marito; e il Rocco afferma che, sia che il marito fosse nostro nazionale, sia che fosse straniero avente domicilio nel regno, si applicheranno le leggi nostre moderatrici dello stato personale dei consorti (4).

---

(1) Dig., L. 5, *De ritu nuptiar.*, XXIII, 2.
(2) Cod., L. 13, *De dignitatibus.*
(3) Dig., L. 65, *De judiciis.*
(4) Vedi luoghi citati.

70. È vero che l'opinione dei due reputati scrittori è la conseguenza logica della loro dottrina circa la legge personale, e che essa è fondata sul sistema propugnato da entrambi. Avendo essi infatti ammesso come principio, che il domicilio determina il diritto speciale, cui ciascuna persona è sottoposta pel suo stato e per la sua capacità giuridica (1), dovevano per essere coerenti risolvere le questioni relative al diritto di famiglia tenendo conto della legge del domicilio matrimoniale. A ragione il Savigny dice: *le véritable siège du lieu conjugal ne donne lieu à aucun doute: il est au domicile du mari.... C'est donc ce domicile qui détermine le droit local du mariage* (2); ed il Rocco: « Il matrimonio conduce fra i coniugi una duplice relazione, l'una personale la quale risulta dalla loro mutua condizione e dal loro stato l'uno rispetto all'altro; la seconda reale la quale scaturisce dai beni che essi possedono. E cominciando dalla prima relazione ben a prima giunta si ravvisa come venga in mezzo l'applicazione delle leggi personali. Si tratta di conoscere quale stato e condizione si dovesse avere il marito, quale la moglie. E perciò ciascuno di leggieri si persuade come a questo debba unicamente provvedere la legge del domicilio » (3). Sono queste conseguenze logiche dei loro principii. Noi però per essere coerenti al nostro sistema siamo obbligati a discostarci dall'opinione dei due grandi giureconsulti.

71. A noi pare, che qualunque potesse essere il luogo ove il matrimonio fosse stato celebrato, che esso dovesse essere retto in generale dalla legge dello Stato, del quale fosse cittadino l'individuo nel momento, in cui egli fosse divenuto marito. La ragione principale la troviamo in questo, che cioè, la famiglia, la quale viene ad essere costituita mediante il matrimonio appartiene allo Stato, di cui il marito è cittadino, e che i figli che possono nascere dal connubio nascono cittadini della patria del padre. Essendo la legge di tale Stato, quella che deve proteggere civilmente e giuridicamente la nuova famiglia che viene ad essere formata, ed i membri che ad essa appartengono,

---

(1) Savigny, op. cit., §§ 339, 372; Rocco, parte 3ª, cap. xxix e xxx.
(2) Savigny, trad. Guenoux, 2ª ediz., pag. 320.
(3) Rocco (ediz. Livorno, 1859), pag. 554, cap. xx.

è più ragionevole ammettere, che la costituzione della medesima debba essere regolata da codesta stessa legge.

L'italiano, il francese o il russo, che rimanendo cittadino del proprio Stato vuole contrarre matrimonio in paese straniero, come conserva in questo il suo carattere di cittadinanza straniera, così deve essere reputato soggetto alla legge della sua patria, alla quale egli non può sottrarsi nel fare un atto tanto importante, col quale viene a costituirsi una famiglia, che alla stessa patria appartiene.

Quale interesse poi potrebbe avere il sovrano territoriale o quello del luogo, ove la famiglia straniera volesse stabilire il domicilio coniugale per applicare ad essa le leggi fatte per i cittadini? A qual pro volere determinare a norma di codesta legge la capacità di unirsi in matrimonio, le condizioni essenziali per costituire legalmente la famiglia, i diritti e gli obblighi dei coniugi fra di loro e di essi verso la loro prole, la legittimità dei figli, e i diritti che possono essere la conseguenza dello stato civile di figliazione legittima? Se la famiglia è straniera, se i figli nascono stranieri, non troviamo alcuna ragione per giustificare l'opinione di coloro, che vorrebbero applicata in tutto la legge del luogo della celebrazione del matrimonio, nè quella degli altri, che vorrebbero dare la preferenza alla legge del domicilio del marito, e siamo pienamente convinti della giustezza dell'opinione precedentemente manifestata, e che trova un valido appoggio nell'essere stata accettata e sostenuta da Laurent, che cioè i rapporti di famiglia ed i diritti che da essi derivano, devono essere retti in massima dalla legge dello Stato di cui è cittadino il marito.

Non vale addurre in contrario, che le leggi che regolano la famiglia devono essere considerate strettamente connesse con le pubbliche istituzioni, nelle quali si riflettono gli usi e le tradizioni di ciascun paese, i principii di pubblica morale ed il buon costume; e che l'indipendenza delle sovranità resterebbe offesa, se le leggi e le istituzioni, che governano il matrimonio in un paese, potessero avere autorità per regolarlo nell'altro.

A tale argomentazione dobbiamo contrapporre che, quantunque l'organamento della famiglia ed il diritto familiare, presi nel loro insieme, abbiano strette attinenze con l'organismo della società e con il

diritto sociale, pure non si può attribuire tale carattere ad ognuna delle singole disposizioni, che concernono i rapporti di famiglia. Queste infatti possono essere distinte in due categorie, secondo che sono ordinate direttamente ed immediatamente a tutelare la pubblica morale, l'ordine pubblico ed il buon costume (costituendo così il diritto pubblico matrimoniale), o a provvedere invece alla tutela degli interessi privati dei membri della famiglia. Ammettiamo anche noi, che nessuna legge possa avere autorità circa al regolare in paese straniero il matrimonio del cittadino, quando dal riconoscere l'autorità di tale legge ne deriva l'offesa di una legge territoriale di diritto pubblico o d'ordine pubblico. Non può infatti mai ammettersi, che agli stranieri che siano domiciliati o che soggiornino in un paese, possa essere concesso di sottrarsi all'impero delle leggi, che vi costituiscano il diritto pubblico matrimoniale, o di invocare l'applicazione della legge della loro patria per derogare ad esse; ma quando l'applicazione della legge straniera possa essere ammessa senza cotale offesa, non troviamo ragione per disconoscerne l'autorità.

Le nostre istituzioni sociali, ad esempio, non potranno al certo ritenersi offese se una straniera domiciliata in Italia contragga matrimonio prima che abbia compiuto gli anni 15 richiesti secondo il nostro Codice, onde la donna lo possa contrarre, supposto che, la facoltà di unirsi in matrimonio ad una data età anteriore a quella da cotesto Codice stabilito, sia a tale straniera attribuita dalla legge della sua patria. Così parimente l'ordine pubblico non potrebbe dirsi leso, se la donna straniera fosse o non fosse soggetta all'autorizzazione del marito per fare atti validi: se il figlio dello straniero avesse quella o quell'altra quota sui beni paterni come legittima. Il diritto pubblico matrimoniale dovrebbe invece ritenersi leso, se lo straniero, invocando la sua legge, che a lui consentisse di provocare lo scioglimento del matrimonio col divorzio, volesse esercitare l'azione per far pronunciare questo dai tribunali italiani, ed essere poi autorizzato ad unirsi in Italia con altra donna in matrimonio, mentrechè la legge nostra oggi non riconosce il divorzio.

Dalle quali cose poichè consegue, che vi possono essere casi, nei quali i rapporti di famiglia debbano pure reputarsi sommessi alla

legge territoriale, così nel corso della trattazione cercheremo di fare questa disamina. Ora basti l'avere stabilito in massima che lo statuto della famiglia dev'essere determinato a seconda della legge dello Stato, di cui il marito sia cittadino, purchè dal riconoscere l'autorità estra-territoriale di essa non derivi alcun'offesa al diritto pubblico o all'ordine pubblico del paese ove occorra il caso di applicarla.

Vedi il NB. a pag. 90.

CAPITOLO III.

Delle cose, e della legge che deve regolare i diritti reali.

72. Dello statuto reale e della sua autorità secondo i giuristi del medio evo. — 73. Disparere fra i medesimi nel distinguere le leggi appartenenti allo statuto reale. — 74. Criterio proposto da Bartolo. — 75. Come gli uni abbiano cercato di allargare, gli altri di restringere l'estensione dello statuto reale. — 76. Froland, Burgundio e i realisti esagerati. — 77. Come la questione sia stata posta dagli scrittori medesimi. — 78. Fœlix e gli altri scrittori francesi. — 79. Teoria di Demolombe. — 80. Zaccaria. — 81. Laurent e gli scrittori francesi che si sono emancipati dalla dottrina tradizionale. — 82. I giuristi anglo-americani. — 83. La scuola italiana. — 84. Della legge applicabile ai mobili. — 85. Teoria di Fœlix. — 86. I giuristi anglo-americani. — 87. Dottrina di Savigny. — 88. Disposizioni delle leggi positive circa la legge degl'immobili. — 89. Ragioni addotte da Portalis a sostegno dell'art. 3 cod. civ. francese. — 90. Opinione nostra circa l'autorità territoriale delle leggi relative agl'immobili. — 91. Teoria razionale circa la legge applicabile alle cose mobili. — 92. Con quali limitazioni può ammettersi l'antica regola a riguardo dei mobili. — 93. Principii sanciti dal legislatore italiano e illustrazione di essi.

72. Si è dinotato generalmente con la denominazione di *statuto reale* quell'insieme di leggi applicabili a regolare i diritti sugl'immobili.

I giureconsulti antichi sono stati generalmente concordi nell'ammettere, che nessun diritto potesse esercitarsi sulle cose immobili esistenti nel territorio di ciascuno Stato, che in conformità della legge territoriale, e hanno ritenuto essere ciò indispensabile onde tutelare l'autonomia e l'indipendenza di ciascuna sovranità. Avendo essi considerato, che l'organamento della proprietà si trova legato strettamente col principio politico di ogni paese, e che la sovranità trova la sua base sul territorio, sul quale essa impera, furono spinti a riconoscere, che la base stessa della sovranità avrebbe potuto essere scalzata, se si fosse ammesso, che una legge straniera avesse potuto regolare i diritti

sugl'immobili. In conseguenza essi dissero che, non solo la condizione giuridica delle cose esistenti nel territorio, ma ancora tutti i diritti spettanti alle persone sopra di esse, ed il modo di acquistarli e trasmetterli, e la validità o invalidità degli atti, che avessero per oggetto gl'immobili, tutto dovesse essere retto esclusivamente dalla *lex rei sitae:* laonde essi posero come massima assoluta *immobilia statutis loci regantur ubi sita*, e l'applicarono per decidere circa qualunque diritto, che avesse avuto per oggetto le cose.

Quid si itaque, dice Voet, *contentio de aliquo jure in re, seu ex ipsa re descendente, vel ex contractu, vel actione personali, sed in rem scripta? An spectabitur loci statutum, ubi dominus habet domicilium, an statutum rei sitae? Respondeo, statutum rei sitae*, e conchiude il suo ragionamento con una regola breve ed assoluta, *immobilia statutis loci regantur ubi sita* (1).

Il Boullenois accetta lo stesso principio: *Les lois réelles n'ont point d'extension directe ni indirecte hors la juridiction et la domination du législateur* (2).

73. I giureconsulti del medio evo si trovarono tutti d'accordo nell'ammettere in massima la regola come invariabile: ed il disparere fra di loro nacque soltanto, quando si trattò di decidere, se certe date leggi avrebbero dovuto essere comprese o no in quello che essi denominavano *statuto reale*. Il carattere distintivo di tale statuto, ed il concetto giuridico della realità non avevano potuto infatti essere determinati da essi con nozioni esatte, chiare e complete.

In teoria riusciva facile l'affermare doversi considerare appartenenti alto *statuto reale* tutte le leggi, che avevano per oggetto immediato di provvedere a riguardo delle cose immobili; siccome però le leggi stesse, che attribuiscono diritti alle persone, contemplano pure gli effetti di cotali diritti sul patrimonio reale, così dovea naturalmente nascere, e nacque il dubbio, se si dovesse considerare come oggetto principale di codeste leggi la persona o la cosa, ed intorno a ciò furono vive ed interminabili le dispute, nè poteva riuscire facile di eliminarle,

---

(1) P. Voet, *De statut.*, § 9, cap. I, n° 2, p. 253, n° 3, id.
(2) Boullenois, *Princ. génér.*, 27.

imperocchè la difficoltà insormontabile nasceva, da che gli scrittori non potevano definire esattamente i requisiti distintivi della personalità e della realità delle leggi. Non lo potevano, perchè il legislatore quando attribuisce diritti alle persone, e determina la capacità per acquistarli, non attribuisce un'attitudine ed una facoltà in astratto, ma bensì in contemplazione del patrimonio o dei beni, che possono essere oggetto dei diritti: laonde si può sempre nella disposizione legislativa trovare che la *mens legislatoris* sotto un certo rispetto miri alla persona. sotto un altro rispetto alle cose ed al patrimonio. La difficoltà era quindi intrinseca ed obbiettiva, e non potè essere superata, perchè non lo poteva essere.

74. Bartolo accrebbe poi la confusione, quando propose di esaminare attentamente le parole e l'espressione della legge, onde determinare così la *mens legislatoris*, adducendo ad esempio, che se il legislatore avesse detto i *beni del defunto apparterranno al primogenito*, tale disposizione dovesse applicarsi a tutti i beni esistenti nel territorio, *quia jus afficit res ipsas sive possideantur a cive sive ab advena*, se invece avesse detto *il primogenito succederà*, la disposizione dovesse applicarsi ai cittadini soltanto, a cagione del doversi codesta legge considerare soltanto personale (1). Ammettendo tale criterio la realità o la personalità della legge dovea dipendere dall'ordine delle parole e dalla costruzione della frase (2).

75. Era naturale che gli scrittori dovessero arrivare a conclusioni disparate e contradittorie, e che coloro, i quali volevano allargare

---

(1) Bartolus, *ad Cod.*, lib. I, tit. I, *De Sum. Trinit.*, l. I, *Cunctos populus*, n. 42.

(2) Stockmans, Molineus, Bouhier, Paulus Voet e Joan. Voet accettano lo stesso criterio. — Molineo dice: *Aut statutum agit in rem, et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus ubi res est. Si statutum dicat, quod minor 25 annis non possit testari de immobilibus, tunc enim non respicit personam, nec agit in personam principaliter, nec in solemnitatem actus, sed agit in certas res, ad finem conservandi patrimonii, et sic est reale. Quia idem est, ac si dictum esset immobilia non possint alienari in testamento per minores. Unde statutum loci inspicietur, sive persona subdita sit, sive non.* — Molineus, *Comm. ad Cod.*, lib. I, tit. I, leg. I. *Conclus. de Statut.*, tom. III, p. 556.

l'estensione dello *statuto reale*, dovessero porre ogni cura per mettere in evidenza nell'una o nell'altra disposizione l'elemento sul quale, a loro modo di vedere, riposava il carattere della realità, mentre che gli altri, che cercavano di allargare l'estensione dello *statuto personale*, dovessero affaticarsi a mettere in evidenza l'elemento, dal quale dipendeva la personalità della legge.

I giureconsulti infatti si divisero in due scuole e battagliarono sempre senza accordarsi mai. Da una parte si schierarono coloro, che volevano conservare il principio feudale, in forza del quale i diritti dell'individuo si consideravano come un accessorio del suolo, e costoro cercarono di trovare in ogni disposizione di legge l'elemento della realità a fine di assicurare la prevalenza della legge territoriale ed escludere l'applicazione della legge personale.

A questa scuola appartenevano tra gli altri D'Argentré, Mascardo, Mevio e quasi tutti i giureconsulti olandesi, Delacerière, Froland, Boullenois per tacere di molti altri.

Dalla parte opposta si schierarono i giureconsulti filosofi, i quali sforzandosi di emancipare l'uomo dai ceppi del feudalismo, cercavano di dimostrare in parecchie leggi prevalente l'elemento della personalità, onde restringere così l'applicazione della legge territoriale ed allargare l'autorità della legge della patria di ciascuno. A questa scuola appartenevano Coquille, Gerard-Titius, Prevost-la-Janès, Stockmans, Bouhier ed altri ancora.

76. Il Froland formula la dottrina sua e della maggioranza dei giuristi suoi contemporanei nel seguente modo: *La première règle est que le statut réel ne sort point de son territoire. Et de là vient, que dans le cas où il s'agit de succession, de la manière de la partager, de la quotité des biens dont il peut disposer entre vifs ou par testament, d'aliénation d'immeubles, de douaire de femme ou d'enfants, de légitime, retrait lignager, féodal ou conventionnel, de droit de puissance paternelle, de droit de viduité, et autres choses semblables, il faut s'attacher aux coutumes des lieux, où les fonds sont situés* (1).

(1) FROLAND, *Mémoires*, 156; Id., 49, 60, 66, 67. — Vedi pure D'ARGENTRÉ, *Ad Briton. leg. de donatione*, art. 218, glos. 6, n. 46; BURGUNDUS, *Tract.* II, n. 10, p. 63, 64.

Vi furono anche alcuni, benchè in piccolissimo numero, i quali arrivarono fino a sostenere che le stesse formalità e solennità degli atti, che avessero per oggetto un immobile, dovessero essere regolate per la loro validità dalla legge del luogo in cui esistesse la cosa, benchè l'atto fosse stato stipulato in paese diverso. *Siquidem solemnitates testamenti*, dice Burgundio, *ad jura personalia non pertinent: quia sunt quædam qualitas bonis ipsis impressa, ad quam tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat. Nam ut jura realia non porrigunt effectum extra territorium; ita et hanc prae se virtutem ferunt, quod nec alieni territorii leges in se recipiant* (1). Il Boullenois poi dice: *Quand la lois exige certaines formalités, lesquelles sont attachées aux choses mêmes, il faut suivre la loi de la situation* (2).

La confusione fu tanto grande che certe leggi, addotte da alcuni come esempio di leggi reali, furono da altri addotte ad esempio di leggi personali. Così il Boullenois nei suoi principii generali dopo avere esposto i requisiti della legge reale e della personale dà come esempio di legge personale il Senatoconsulto Velleiano: mentre Le Brun dà come esempio di leggi reali quella che proibisce alla donna maritata di fare donazioni, ed il Senatoconsulto Velleiano. Lo stesso Boullenois poi ammette che la legge, la quale concerne la capacità a fare testamento si debba considerare come legge reale, quando si tratti di proprietà immobiliare.

Senza dilungarci altrimenti notiamo, che l'autorità territoriale della legge fu allargata siffattamente da molti scrittori, che si arrivò ad ammettere che la capacità stessa ad acquistare un immobile dovesse dipendere dalla *lex rei sitae*, e così pure quella di disporre di esso con atto tra i vivi o con testamento; e che dalla stessa legge dovessero dipendere i diritti dei coniugi e quelli dei figli sui beni immobili, e la parte legittima ad essi spettanti, e via dicendo.

---

(1) Burgundus, *Tract.*, vi, n° 2, p. 128.

(2) *Observat.*, n° 46, t. II, p. 467, v. 4. — Vedi pure D'Argentré, *De Briton. leg.*, art. 218, n° 2; Burgundus, *Tract.* vi, n° 2, 3; Rodenburg, *De div. stat.*, tit. ii, cap. iii, § 1, 2; Sande, *Decisiones frisicae*, lib. IV, tit. i, defin. 14.

77. Nei tempi moderni la questione intorno alla legge, che deve regolare gl'immobili esistenti nel territorio ed i diritti a riguardo di essi, è stata diversamente risoluta nella dottrina e nelle legislazioni dei vari paesi.

Gli scritttori non hanno saputo in verità emanciparsi dalla teoria dei giureconsulti medio-evali. Essendo essi partiti dal giusto principio, che cioè spetti a ciascuna sovranità l'*imperium* assoluto ed esclusivo nel territorio dello Stato, ne hanno dedotto, che la legge territoriale debba reggere esclusivamente i beni immobili, che si trovano nel territorio dello Stato, ed hanno riprodotta ai tempi nostri la dottrina dei giureconsulti medio-evali senza considerare, che la base di essa era il principio del diritto feudale.

78. Fœlix tra gli altri, dopo avere premesso che la legge territoriale debba regolare i beni immobili situati in Francia, a chiunque essi appartengano, escludendo la legge personale del proprietario, cita a sostegno della sua opinione i giureconsulti medio-evali, e ne deduce che la *lex rei sitae* debba regolare il diritto di usufrutto legale, l'estensione dello stesso e l'obbligazione della persona a cui l'usufrutto sia dovuto; e che perciò l'usufrutto paterno o materno (art. 384 Cod. civ. francese) non possa essere attribuito, che in conformità della legge del luogo, ove trovasi situata la cosa, sulla quale deve essere goduto. Così pure egli ammette che la *lex rei sitae*, astrazione fatta dalla capacità generale della persona, debba regolare tutto ciò che si riferisce alla successione *ab intestato* sugl'immobili, e la divisione della successione; la capacità di disporre di un immobile o di riceverlo per donazione tra i vivi o per testamento; la quotità della porzione disponibile; le proibizioni di disporre tra gli sposi; tutto ciò che è relativo al regime dotale; le proibizioni fatte a certi individui di acquistare gl'immobili o alienarli; le obbligazioni che nascono dalla vendita di un immobile, le cause che di essa operano la nullità, la risoluzione, la rescissione; le obbligazioni che risultano dalla locazione, dall'anticresi d'immobili; i diritti d'ipoteca legale convenzionale o giudiziaria. La legge del domicilio delle parti o di quello che dispone dei beni sarebbe applicabile, a suo modo di vedere, qualora si trattasse di beni mobili.

Sono questi i punti principali, in cui noi ci troviamo in disaccordo col citato scrittore, e li abbiamo voluti notare per far conoscere in qual modo egli intende la realità della legge, e i casi in cui l'applica.

La stessa teoria la troviamo accettata dalla maggior parte degli scrittori francesi, forse per l'influenza della tradizione scientifica dei grandi giureconsulti del loro paese, che aveano scritto prima della promulgazione dei codici, e sotto l'ispirazione di principii ben diversi da quelli prevalenti nei tempi nostri.

79. Lo stesso Demolombe riproduce in massima la distinzione di leggi reali e personali (1) denominando le prime quelle, che hanno per oggetto predominante ed essenziale i beni, e che si occupano delle persone accessoriamente (2), e non esita a considerare tra le altre, come leggi reali, tutte quelle che determinano i differenti diritti che hanno per oggetto i beni (3); quelle che regolano la trasmissione dei beni *ab intestato* (4); la legge sulla riserva e quotità dei beni disponibili (5); e quella che determina la parte del figlio naturale riconosciuto nella successione del padre e della madre (6); quella che determina la quotità dei beni disponibili fra i coniugi (7); quella che dichiara l'inalienabilità della dote (8); e conchiude, che tutte le leggi territoriali reali, e particolarmente quelle da lui citate, reggono gl'immobili in generale a chiunque appartengano.

80. Zaccaria, il più esatto ed il più profondo espositore del codice civile francese, dà la definizione più razionale dello statuto reale, il quale, secondo lui, « si compone delle leggi che hanno per oggetto immediato e principale di determinare la condizione giuridica dei beni » ma ammette pure che devono dipendere dallo statuto reale le regole relative alla devoluzione delle successioni *ab intestato* regolari

(1) Demolombe, *De l'effet et de l'application des lois*, n° 90.
(2) Id., n° 76.
(3) Id., n° 77.
(4) Id., n° 79.
(5) Id., n° 80.
(6) Id., n° 81.
(7) Id., n° 83.
(8) Id., n° 85.

o irregolari, ordinarie e anormali: alle successioni testamentarie: quelle che restringono la facoltà di disporre a titolo gratuito, sia in una maniera assoluta, sia relativamente a certe determinate persone: quelle che regolano la quota disponibile dei beni sia ordinaria, sia eccezionale (1).

81. Si può dire con ragione, che la teoria, la quale ammette, che le leggi, che regolano gl'immobili, costituiscano lo statuto reale, è tradizionale in Francia (2). Essa trovasi veramente mantenuta in principio anche nella dottrina degli scrittori degli altri paesi, imperocchè tutti siano concordi nell'ammettere, che ciascuna legge debba avere autorità esclusiva nel territorio, e siccome questo risulta dagl'immobili, così importa, che a riguardo di questi sia assicurata l'applicazione prevalente della legge territoriale. Non tutti gli scrittori però si accordano oggi nell'ammettere, che la territorialità della legge debba dipendere da che essa regoli gl'immobili ed i diritti ad essi relativi. Tra coloro che mantengono tuttora la nota distinzione tra *statuto reale* e *statuto personale*, tra i quali va annoverato Laurent (3), si devono distinguere quelli, i quali si sono completamente emancipati dalla teoria improntata a principii feudali, la quale trovava la ragione per sostenere l'applicazione della legge territoriale in questo, che cioè essa provvede a riguardo delle cose immobili che sono una parte del territorio.

---

(1) Zaccaria, *Droit civil français*, § 31, n. 2 e 3.

(2) Vedi D'Argentré, *Commentarii in Patrias Britonum leges*. — Bouhier, *Les coutumes du Duché de Bourgogne*. — Bretonnier, *Questions de Droit*. — Coquille, *Des coutumes des Nivernois*. — Pothier, *Ouvrages;* e *Sur la coutume d'Orléans*, chap. I, § 2, n¹ 22-24, chap. 3, n. 51. — Portalis, *Exposé des motifs du Code civil* (Locré, t. I, p. 581). — Merlin, *Répert.*, v. *Loi*, § 6. — Taulier, *Introduction*. — Duranton, *Cours de Droit français*. — Valette *sur Proudhon*, t. I, p. 97. — Fœlix, *Droit inter. privé*, t. I, §§ 56-57. — Barde, *Théorie traditionnelle des statuts ou principes du statut réel et du statut personnel d'après le droit civil français* (Bordeaux 1880). — La Corte di cassazione fonda pure le sue decisioni costantemente sulla teoria tradizionale della prevalenza dello statuto reale.

(3) Laurent mantiene la nomenclatura, perchè, siccome egli nota, la tradizione l'ha stabilita, e si giustifica adducendo che la distinzione è scritta nell'art. 3° del Codice civile francese. Op. cit., vol. VI, § 22.

Laurent stabilisce infatti su di una base assolutamente diversa le note caratteristiche dello statuto reale, e così fanno pure i più recenti scrittori francesi tra i quali rammentiamo Antoine (1) e Durand (2) la teoria dei quali, a riguardo della legge che deve regolare i diritti sugl'immobili, è fondata su principii diversi da quelli ammessi secondo la tradizione francese.

82. Nella dottrina degli altri paesi, e sopra tutto in Inghilterra ed in America, troviamo accettato generalmente il principio dei giuristi medio-evali. Si può infatti dire essere principio generale concordemente sostenuto dagli scrittori Anglo-americani, che i rapporti a riguardo degli immobili di qualunque natura essi siano, debbano essere assoggettati alla *lex rei sitae.* Codesta regola si applica rigorosamente alla capacità ad acquistare, alienare e trasmettere gl'immobili: ed ai diritti su di essi derivanti o dalla legge o da contratti: e alle forme e alle solennità richieste dalla legge onde acquistare validamente i diritti sugl'immobili. Di modo che nessun atto per cessione o trasferimento d'immobili può essere considerato come un titolo valido secondo la *Common law* (*to give perfect title*) se non siano state osservate le forme prescritte dalla legge territoriale, *except according to the formalities prescribed by the local law* (3).

83. In Italia la teoria degli scrittori medio-evali ha avuto un forte sostenitore nel Rocco, giureconsulto napoletano. Avendo egli accettata come fondamentale la distinzione fra statuto personale e statuto reale reputò doversi questo ritenere costituito da tutte le leggi, che dispongono intorno alle cose indipendentemente dalla condizione delle persone, laonde riportò il campo della disputa nell'investigare, se il motivo prevalente in ciascuna disposizione fosse quello, che ha per oggetto le cose o le persone. Siccome poi non potè stabilire a tale riguardo criterii sicuri, fu spinto a fare le medesime false applicazioni, che furono fatte dai giuristi medio-evali, ritenendo che la *lex rei sitae* dovesse

---

(1) Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en droit international privé.*

(2) Durand, *Essai de Droit int. privé.*

(3) Story, *Conflict of Laws*, chap. x; Burge, *Comm. on colon. and foreign laws*, parte 2ª, chap. xii.

applicarsi non solo per regolare la condizione giuridica delle cose esistenti nel territorio, ma i diritti altresì sugl'immobili, e conseguentemente i diritti successorii sui medesimi; le donazioni tra i coniugi; la quota legittima; l'età stessa per disporre degli immobili con testamento; la revocabilità e caducità dei testamenti; l'irrevocabilità delle donazioni tra i vivi, e tutti i diritti generali aventi per oggetto gl'immobili esistenti nel territorio (1).

La scuola italiana ha però dopo Rocco abbandonato completamente la teoria tradizionale, che voleva trovare nell'oggetto della disposizione della legge la ragione decisiva per attribuire ad essa l'autorità territoriale.

I giuristi che hanno scritto dopo si sono infatti ispirati a principii più razionali, seguendo in questo le orme del Mancini, che nel seno della Commissione, che discusse il progetto del codice civile, sostenne calorosamente i nuovi principii posti innanzi dagli scrittori tedeschi, e principalmente da Mittermaier, da Savigny, da Schaeffner, da Menken, e adottati pure dal nostro Pescatore, i quali non accettarono il concetto della territorialità della legge secondo il diritto feudale.

La scuola dei moderni scrittori italiani ha accettato concordemente le massime fondamentali sulle quali riposa tutto il sistema di diritto internazionale privato sancito nel nostro codice civile, e che si riassumono nel non imporre allo straniero le leggi territoriali, neanche in quello che esse regolano l'esercizio dei diritti sugl'immobili, ma di rispettare invece l'applicazione della legge nazionale di esso, vale a dire di quelle della sua patria, anche per quello che concerne i diritti che derivano dallo stato personale, dai rapporti di famiglia, da successione, da donazione a riguardo degl'immobili, purchè il riconoscere l'autorità della legge straniera nel territorio soggetto alla sovranità italiana, non deroghi alle leggi di ordine pubblico e al diritto pubblico vigenti.

Evvi tuttora disparere tra i giuristi italiani quanto al modo d'interpretare le regole sancite dal legislatore, e quanto al modo di applicarle, e sopratutto poi nel determinare i giusti limiti dell'ecce-

(1) Rocco, *Diritto civile intern.*, parte 1ª, cap. XIX e XX.

zione, che esclude l'autorità delle dette leggi nel territorio. Salvo però certe divergenze, possiamo dire, che gli scrittori contemporanei sono concordi nell'ammettere, che non può dipendere dall'essere oggetto del diritto l'immobile esistente in Italia quello che può determinare la preferenza della legge nostra, quando essa si trovi in concorrenza con la legge straniera.

Questo nuovo concetto, come fu esposto dallo stesso Mancini nella sua relazione all'Istituto di diritto internazionale, è posto a base della teoria di tutti gli scrittori contemporanei, tra i quali rammento Esperson, Lomonaco, Pierantoni, Agnetta-Gentili, Catellani e Fusinato (1).

84. A riguardo della legge applicabile alle cose mobili, ed ai diritti ad esse relativi una distinzione importante era stata fatta dai giuristi antichi, che è stata poi riprodotta da alcuni dei moderni, che cioè le cose suddette ed i rapporti giuridici ad esse relativi dovessero essere retti ovunque dalla legge personale del proprietario. La ragione data da essi, onde giustificare tale differenza, si è questa, che cioè le cose mobili potendo accompagnare la persona dovunque non si possono considerare fissate in questo o in quel territorio, e ritenerle quindi soggette alla legge territoriale (2). D'altra parte poi lo stesso principio feudale, pel quale si reputava indispensabile di assoggettare in tutto la proprietà immobiliare alla *lex rei sitæ*, non trovava applicazione alle cose mobili. Da ciò derivò la finzione giuridica di conside-

(1) Vedi MANCINI, *Relazione all'Istituto di diritto internazionale sulle regole di diritto internazionale privato*, sessione di Ginevra, 1874. — ESPERSON, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali* (1868). — PIERANTONI, *I progressi del diritto pubblico e delle genti*. — LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*. — AGNETTA-GENTILI, *La donazione in diritto internazionale privato*. — CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*. — FUSINATO, *Questioni di diritto internazionale privato*. Vedi la nota a pag. 117 e seg.

(2) ARGENTRÉ, *Consuetudines Britanniæ, De donatione*, art. 218, glos. 6, n° 30; LE BRUN, *Traités des successions*, lib. IV, chap. I, n° 28; P. VOET, *De stat.*, § 4, cap. II, n° 2; GIOV. VOET, *ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. XVII, § 34; RODENBURG, *De div. statut.*, tit. I, cap. II in fine; BRETONNIER, *Note ad Henrys*, lib. IV, quest., 127; BOUHIER, *Coutume de Bourgogne*, chap. XXV, § 2; BOULLENOIS, *De la personnalité et réalité*, *Observ.* 19.

rare i mobili come connessi con la persona, cui essi appartenevano, e l'adagio *mobilia ossibus personae inhaerent; mobilia non habent sequelam.*

Bona moventia et mobilia, diceva Burgundio, *ita comitari personam, ut extra domicilium ejus censeantur existere, adduci sane non possum* (1).

Mobiles ex conditione personae legem accipiunt nec loco continentur, diceva Erzio (2).

85. Tra gli scrittori moderni, parecchi hanno accettata la distinzione fatta dagli antichi tra le cose mobili e gl'immobili rispetto alla legge, cui esse devono essere soggette.

Le cose mobili, scrive il Fœlix, sia corporali che incorporali non possono per la loro natura avere una situazione certa come gl'immobili: la loro destinazione dipende dalla volontà della persona, cui appartengono. Legalmente si presume che ciascuno abbia riunito tutti i suoi beni mobili nel luogo del suo domicilio; quindi, quantunque di fatto si trovino altrove, per legale finzione si considerano come corredo della persona, e devono essere regolati dalla stessa legge cui è sottoposto il proprietario. *Par une fiction légale on considère les meubles comme suivant la personne, et comme étant soumis à la même loi qui régit l'état et la capacité de cette personne, et nous avons vu que cette loi est celle du domicile. En d'autres termes* (egli conchiude) *le statut personnel gouverne les meubles corporels ou incorporels. Ce statut est à leur égard réel par suite de la fiction qui le répute au lieu régi par ce même statut.* A sostegno della sua opinione cita non solo quasi tutti gli autori antichi, che scrissero sulla materia, ma la maggioranza altresì dei moderni, e tra questi Kent, Duranton, Story, Burge, Valette, Schaeffner, Taulier, Rocco (3).

86. I giuristi inglesi ed americani ammettono pure la nota distinzione accettando in massima il principio *Personal property has not locality*, e Lord Loughborough nella causa Sill così si espresse: « È

(1) Burgundus, *Tract.*, II, n° 20, p. 71.
(2) Hertii, *De collis.*, § 4, n° 6.
(3) Fœlix, § 61, *Droit int. privé.*

una massima a tutti nota non solo del diritto inglese ma della legislazione di ciascun popolo in cui la conoscenza del diritto è una scienza, che la proprietà mobile non ha alcuna situazione locale. Ciò non significa che le cose mobili non sono in un luogo visibile, ma che esse sono sempre sottoposte alla legge della persona del proprietario, non solo rispetto alle disposizioni che vi si riferiscono, ma anche rispetto al diritto che il proprietario può avere di trasmetterle o di acquistarle per successione o di fare atti di qualunque natura. Esse seguono sempre la legge personale » (1).

87. Savigny e Waechter sono stati tra i primi a combattere la differenza ammessa secondo la tradizione scientifica, e benchè siano partiti da diverso punto di vista, pur tuttavia sono arrivati alla medesima conclusione, dimostrando che manca la ragione giuridica per sottrarre i mobili dall'impero della legge territoriale. La loro opinione è stata accettata da molti giureconsulti moderni, i quali escludono la distinzione generalmente ammessa tra i mobili e gl'immobili a riguardo della legge, che deve regolare i diritti su di essi, tutto chè riconoscano che una differenza debba essere fatta in considerazione della differenza della condizione giuridica delle cose di per sè stesse. Mühlembruch, Eichorn, De Chassat, Bar, Wharton, Westlake, Asser, Laurent, per tacere di altri, sono concordi nel riconoscere, che certe relazioni giuridiche, che hanno per oggetto i mobili, debbano essere rette dalla legge del luogo, ove essi si trovano. Quando poi sia il caso di assoggettarle alla legge del proprietario, i suddetti scrittori sono divisi, tanto che gli uni ammettono l'applicazione della legge del domicilio, e gli altri, tra i quali va notato principalmente Laurent, quella della legge nazionale. Questa è pure l'opinione dei giuristi italiani, Mancini, Esperson, Lomonaco ed altri (2).

88. Nei codici moderni la massima che gli immobili debbano essere retti dalla *lex rei sitae* si trova uniformemente sancita.

Il Codice di Baviera, il primo dei codici di Germania nell'ordine

(1) Sill Worswick, I, H. Black, 690, citato da Story, *Conflict of Laws*, § 380

(2) Vedi le opere citate.

cronologico, sottomette alla legge *rei sitae in causis realibus et mixtis* tutti i beni corporali o incorporali, mobili ed immobili (Part. 3, c. 2, § 17). Il Codice prussiano (§ 35, Introd.) dispone: « I beni immobili sono retti dalle leggi della giurisdizione nel dominio della quale sono situati, senza riguardo alla persona del proprietario. » Il Codice austriaco (§ 300): « Tutte le cose immobili sono sottoposte alla legge del luogo nel quale sono situate. » Il Codice francese (art. 3, comma 2): « Gli immobili anche quelli posseduti da uno straniero sono regolati dalla legge francese. » Una disposizione conforme si trova nel Codice badese, in quello del regno di Polonia (art. 3), nel Neerlandese (art. 7), in quello del Cantone di Vaud (art. 2), di Berna (art. 4), di Friburgo (art. 1), di Luigiana (art. 9) (1). Anche il Codice civile italiano dispone: « I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo in cui sono situati. »

89. Le ragioni, con le quali la massima generalmente sancita è stata giustificata, furono così esposte da Portalis, quando si trattò in Francia della redazione dell'art. 3 del Codice civile. « È essenziale, egli disse, che la sovranità sia indivisibile, e che estenda la sua autorità esclusiva su tutto il territorio, così come essa l'estende su tutte le persone che lo abitano. La sovranità non sarebbe intiera, essa sarebbe divisa, se una parte del territorio potesse essere sottomessa a leggi straniere, stantechè l'insieme degl'immobili, formando il territorio pubblico di un popolo, fa di mestiere, che essi siano retti esclusivamente dalle leggi di questo popolo. In una parola, la realità delle leggi, che concernono gli immobili, è un'emanazione della sovranità. I privati, che posseggono gl'immobili, non possono opporre al legislatore la loro qualità di stranieri, e domandare che i loro beni siano retti dalla loro legge personale, perchè ne risulterebbe, che una parte del territorio verrebbe sottomessa ad una legge straniera, e quindi la sovranità non sarebbe più intiera, essa sarebbe divisa, mentre è della sua essenza di essere indivisibile. Affinchè essa sia intiera, bisogna che tutto il territorio, cioè a dire tutti gl'immobili, siano retti da un solo sovrano, dal sovrano territoriale » (1).

---

(1) *Second exposé des motifs du titre préliminaire*, ni 14 e 15.

90. A noi non sembra di potere accettare il concetto sancito in massima dalle leggi positive, secondo è stato inteso dagli scrittori, che vorrebbero perpetuare la teoria dei giuristi medio-evali. Ammettiamo che il territorio sia in certo modo la base materiale della sovranità, e che spetti a questa il diritto eminente su tutto il territorio soggetto al suo imperio, e su tutte le cose che in esso si trovano. Non possiamo però ammettere parimente, che ciascuna sovranità possa assoggettare all'impero delle proprie leggi tutti i diritti, a qualunque titolo acquistati sulle cose, e pretendere di regolare altresì con le proprie leggi l'esercizio di tali diritti, in guisa da disconoscere l'autorità della legge dello Stato, al quale la persona appartiene (e che ad essa attribuisce diritti patrimoniali reali), o l'autorità della legge vigente nel luogo, ove i rapporti contrattuali relativi alle cose esistenti all'estero furono posti in essere.

Alla sovranità territoriale deve essere infatti attribuito il dominio eminente su tutto il territorio, e siccome questo è costituito dagli *immobili riuniti e contigui*, così è naturale e ragionevole l'ammettere, che l'impero e l'autorità della legge territoriale debba essere esclusivo ed indivisibile considerata in relazione con gl'*immobili riuniti e contigui*, val quanto dire in quello che regola gl'immobili considerati *uti universitas*. Codesto principio non può però farci arrivare a dedurre, che qual si sia diritto di ciascuno sulla cosa immobile debba essere retto dalla *lex rei sitae*, poichè questo condurrebbe a riprodurre ai giorni nostri il concetto della proprietà secondo il diritto feudale, e a fare dei diritti dell'uomo un accessorio della terra.

In quella vasta gerarchia, che fu la conseguenza del feudalismo, tutto riposava sull'organamento della proprietà e sui rapporti che legavano i vassalli al loro signore in conseguenza della divisione fatta da questi delle terre conquistate. Nel sistema feudale la proprietà fu rispetto a tutti una concessione del signore, anzi essa a vero dire scomparve, essendo ciascuno divenuto possessore della terra con la facoltà di godere soltanto i diritti ed i privilegi annessi al feudo secondo la costituzione originaria di esso, e l'investitura ottenutane.

In tale ordine di cose era ben naturale di considerare i diritti dell'uomo come un accessorio della cosa, perchè nessuno acquistava i

diritti di proprietà e la facoltà di disporre e trasmettere a beneplacito la terra, invece i rapporti personali tra il possessore e la terra posseduta, i rapporti di famiglia; i diritti patrimoniali a qualunque titolo erano ognora subordinati alla legge costante, che regolava il possesso della terra, e che mirava principalmente a conservare il carattere originario e costitutivo del feudo.

Quando si sentì il bisogno di modificare sostanzialmente tale ordinamento di cose, la confusione non disparve ad un tratto e completamente, imperocchè gli Stati, che furono formati, conservarono le vestigia di grandi feudi e ciascun sovrano cercò di custodire gelosamente tutte le istituzioni relative alla proprietà della terra ed al godimento di ogni diritto patrimoniale reale, perchè si continuò a supporre che ogni legge, la quale concerneva gli immobili, affettasse direttamente il principio politico e la costituzione dello Stato.

Ai nostri tempi tale condizione di cose ha subito una sostanziale trasformazione in virtù della scienza e dei progressi del diritto pubblico. Oggi, ammettendo pure che il territorio sia la base materiale della sovranità, si ammette in pari tempo, che nessuna sovranità possa essere considerata isolata, che la sua forza principale non si fonda sui rapporti, che derivano dai diritti sulla terra, e dalle combinazioni fittizie, e dai privilegi in vista di codesti rapporti stabiliti. Oggi si è compreso, che quantunque tra le leggi, che regolano i diritti sulle cose, ve ne siano di quelle, che hanno stretta attinenza con le istituzioni e col principio politico dello Stato, pur tuttavia non tutte siffatte leggi hanno lo stesso carattere in maniera da giustificare la regola inflessibile, che vuole assoggettati alla *rex rei sitae* i diritti delle persone sugli immobili, ed i modi di acquistarli, alienarli e trasmetterli. Conseguentemente si è arrivati a concludere, che ammettendo pure l'autorità territoriale esclusiva di certe leggi, che dispongono circa i diritti sugli immobili, bisogni assorgere ad un concetto ben diverso da quello posto innanzi dagli scrittori medio-evali, onde decidere quando ciascuna disposizione di legge debba avere autorità esclusiva nel territorio dello Stato.

Nell'ordine d'idee seguito da noi, volendo stabilire intorno a ciò un principio razionale, giova notare, che le leggi, che regolano la pro-

prietà ed i diritti che ne derivano, possono essere distinte in due grandi categorie. Alcune di esse mirano a tutelare gli interessi generali dell'associazione politica considerata *uti universitas*, e provvedono a coordinare i diritti e gli interessi dei privati proprietari coi diritti e gli interessi pubblici dello Stato. Altre sono ordinate a determinare i diritti degli individui sulle cose, ed a regolarne e garantirne l'esercizio considerando i detti individui *uti singuli* in rapporto colla proprietà e colla famiglia. Tanto le une quanto le altre, prese nel loro insieme, fanno parte, le prime del diritto pubblico dello Stato e delle leggi di ordine pubblico, le altre del diritto privato. Ora riesce chiaro, che, siccome non potrebbe mai ammettersi alcuna violazione, alcuna offesa, alcuna deroga alle leggi del diritto pubblico e di ordine pubblico (perchè questo equivarrebbe ad attentare agli interessi sociali, alla vita, ed alla conservazione dello Stato), così non può ammettersi, che alcuna legge straniera possa avere autorità nel territorio in opposizione ad una di quelle leggi, che per un interesse sociale, economico, industriale, agricolo o politico provveda a regolare la condizione giuridica delle cose esistenti nel territorio, ed i diritti di cui esse possono essere oggetto. Come d'altra parte poi deve ammettersi, che la sovranità territoriale non possa avere alcuno interesse ad impedire che lo straniero eserciti i suoi diritti sulle cose, che gli appartengono in conformità della legge, che deve regolare i di lui interessi privati come proprietario.

Così ad esempio nessuna sovranità può consentire che le servitù prediali, le quali siano stabilite a vantaggio dei fondi o in considerazione della loro situazione, o nell'interesse della prosperità della proprietà fondiaria, siano retti da legge straniera. Così pure essa non potrebbe concedere, che l'ipoteca potesse essere efficacemente accesa sui beni esistenti nel territorio senza osservare le disposizioni del diritto territoriale relative alla pubblicità ed alla iscrizione. Mentre invece essa sovranità non potrebbe avere alcuno interesse di assoggettare gli stranieri alle sue leggi, onde potessero godere ed esercitare i diritti sugli immobili, che fossero la conseguenza dei rapporti di famiglia; essa non avrebbe interesse a regolare l'amministrazione dei beni immobili nella tutela o nella curatela di stranieri; nè avrebbe

interesse a che fosse deciso, a norma della legge territoriale, se il padre straniero dovesse o no avere l'usufrutto legale, o se il minore straniero dovesse o no avere l'ipoteca legale sui beni del tutore, e via dicendo. Gli stranieri devono infatti esercitare i loro diritti nel territorio dello Stato rispettando il diritto sociale ivi vigente, ma quando non derivi alcuna offesa a questo, la sovranità territoriale non può avere nessun interesse di imporre ad essi le leggi fatte per regolare i diritti privati dei cittadini in rapporto con la loro proprietà e col patrimonio della loro famiglia.

Da quanto abbiamo detto ne consegue, che per decidere se una data legge possa o non possa avere autorità territoriale o estraterritoriale, quanto al regolare i diritti sulle cose, non basta ricercare se l'oggetto principale ed immediato della disposizione sia la persona o la cosa, a fine di dedurre poi da questo la prevalenza della legge personale o della legge territoriale, come insegnarono i giuristi medio-evali, ma bisogna invece studiare la natura della legge, investigare cioè se essa nel regolare la proprietà, sia ordinata a tutelare un interesse pubblico ed il diritto sociale, o un interesse ed un diritto privato (1).

---

(1) Questa teoria è conforme a quella sostenuta dal LAURENT nella sua opera *Droit civil international*.

Codesto autore si compiace di trovarsi d'accordo col MITTERMAIER, che aveva manifestato la medesima opinione in un suo articolo pubblicato nella *Kritische Zeitschrift*, t. XI, p. 273 (V. LAURENT, *Dr. civ. int.*, vol. II, § 166, p. 307). È bene notare, che l'alto concetto di SAVIGNY fu in sostanza il medesimo, essendochè codesto giureconsulto dicesse, che per decidere in ciascun caso di collisione, se si dovesse preferire questa o quella legge, era necessario di studiare la natura di ciascun rapporto giuridico, e senza ispirarsi alla conservazione gelosa ed esclusiva della sovranità territoriale. Il trovare poi nell'interesse generale o nel diritto sociale il vero limite razionale dell'autorità di ciascuna legge straniera nel territorio dello Stato, questo è stato sostenuto dalla nuova scuola italiana molto prima che lo fosse dall'eminente Professore di Gand, e lo noto non per rivendicare un'iniziativa o un'originalità, ma per constatare un fatto. Il PESCATORE, nella *Logica del Diritto*, sostenne tale opinione. I compilatori del Codice italiano s'ispirarono al medesimo concetto, e MANCINI se ne fece propugnatore nel seno della Commissione. Io stesso manifestai la medesima opinione nella mia opera *Nuovo Diritto internazionale pubblico*, stampata a Milano nel 1865,

91. Per quello che si riferisce alla legge che deve regolare le cose, mobili ed i diritti ad esse relativi, la distinzione ammessa dagli scrittori che vollero porre sotto tale rispetto una differenza tra i mobili e gli immobili, non può sussistere nel sistema da noi accettato.

Non si può infatti ammettere in principio, che le cose mobili possano essere sottratte completamente dall'impero della legge territoriale, imperocchè, per quei rapporti a riguardo dei quali la tutela del diritto sociale è in causa, non può essere concesso al proprietario d'invocare l'applicazione della legge personale di lui, e di derogare alla legge territoriale vigente nel luogo, ove la cosa mobile attualmente si trovi. Vi possono essere casi, nei quali il rapporto fra la cosa mobile e la legge territoriale debba reputarsi accidentale e contingente in maniera da escludere la prevalenza di cotesta legge. Così può dirsi ad esempio degli effetti d'uso che un viaggiatore trasporti seco attraversando diversi territorii, o della merce che viaggi per mare, nei quali casi e simili, siccome codeste cose mobili non sono destinate a restare durabilmente in un luogo o in un altro, così non possono essere considerate nel territorio di questo o di quello Stato, onde assoggettarle alla legge ivi vigente. Quando invece le cose mobili siano destinate a

---

prima della pubblicazione del Codice civile italiano. Nella detta opera dopo avere stabilito che il diritto pubblico è territoriale, è scritto:

« *Il diritto di ciascuno Stato a regolare la vita privata dei suoi sudditi può esercitarsi all'estero, finchè il suo uso è innocuo, ossia finchè non contrasta coi principii di diritto pubblico di quello Stato.*

.... *Il cittadino nelle sue relazioni giuridiche internazionali può invocare giustamente in qualunque territorio l'applicazione di quella legge particolare dello Stato, che governa lo stato suo e della sua famiglia,* ANCHE IN RELAZIONE AI BENI OVUNQUE SITUATI, *purchè però l'applicazione della legge nello Stato, da cui essa non emana, non offenda* L'INTERESSE POLITICO ED ECONOMICO *dello Stato medesimo, e non contradica a quei principii che il legislatore ha consacrati come leggi di ordine pubblico morale e religioso......*

...... *Le leggi civili di qualunque Stato devono applicarsi* DOVUNQUE ALLE PERSONE E ALLE COSE AD ESSE APPARTENENTI, *semprechè non contradicano il diritto pubblico dello Stato presso cui devono applicarsi* », pag. 132, 133. —Vedi la traduzione francese di detta opera fatta da PRADIER-FODÉRÉ, edizione 1868, t. I, p. 298. Paris, Pedone-Lauriel, éditeur.

restare per un certo tempo in un luogo determinato, ed effettivamente ed attualmente ivi si trovino, non può ammettersi che la legge in quel dato luogo imperante non debba avere autorità sopra di esse. La condizione giuridica della cosa, considerata in rapporto coi diritti che i terzi sopra di essa possono acquistare, interessa il regime della proprietà. Per lo che ad esempio, la cosa, che fosse qualificata mobile secondo la legge del proprietario di essa, non potrebbe ritenersi tale, se fosse qualificata immobile secondo la *lex rei sitae*, e se i terzi avessero acquistati i diritti reali su della medesima sotto l'impero della legge territoriale. Così parimente la legge territoriale dovrebbe applicarsi onde decidere ogni controversia relativa al possesso dei mobili ed alle conseguenze giuridiche del possesso, il quale si fosse verificato nel luogo ove la cosa si trovasse. Così dovrà decidersi, a norma della *lex rei sitae*, se il possesso valga come titolo rispetto ai terzi: se le cose mobili possano essere pignorate e confiscate; se siano suscettibili di certi diritti o privilegi: e di qualunque altro rapporto relativo ai diritti acquistati dai terzi.

92. Da questi principii ne deriva, che l'adagio comunissimo *mobilia ossibus personae inhaerent, mobilia non habent sequelam* non si può ammettere in modo assoluto, ma nel solo caso che il luogo occupato da una cosa mobile sia accidentale, o che non possa essere determinato: nel quale caso, a cagione del non potersi considerare la suddetta cosa sul territorio di alcun Stato, si deve considerare nel domicilio del proprietario, e quindi, soggetta alla legge personale di esso.

Codesta legge si può anche ritenere, che debba essere quella destinata a regolare i mobili considerati come universalità: come patrimonio, imperocchè, siccome il patrimonio è in rapporto permanente con la persona, e con la sede giuridica di lei, così tale legge non può essere diversa da quella della persona, cui esso appartiene, ed è per questo, che è ragionevole l'ammettere, che la legge, cui i mobili considerati come universalità devono essere soggetti, debba essere quella, alla quale la persona stessa è sottoposta, la quale nel nostro sistema deve essere quella dello Stato di cui ciascuno è cittadino.

Per quello invece che concerne i diritti singoli, dei quali le cose mobili possono essere oggetto, fa di mestiere ammettere la medesima

regola esposta per gli immobili, che cioè le leggi, le quali regolano i diritti e i rapporti giuridici a riguardo delle cose mobili nell'interesse pubblico o di quello dei terzi, debbano essere applicate anche ai mobili appartenenti a stranieri, che si trovino nel luogo determinato, ove la legge imperi. Di maniera che rispetto ai mobili, così come rispetto agli immobili, si deve sempre decidere secondo la natura dal rapporto giuridico, se debba ammettersi l'autorità territoriale o estraterritoriale della legge chiamata a regolare il rapporto stesso. Vedremo in seguito le particolari applicazioni di questi principii.

La teoria da noi esposta fino a questo punto, conforme a quella da noi sostenuta nell'opera pubblicata nel 1865 col titolo di *Nuovo Diritto Internazionale* (siamo lieti di constatarlo) (1), trova oggi un autorevole appoggio non solo nella dottrina dei più reputati scrittori contemporanei tra i quali dobbiamo rammentare Laurent, Brocher, Asser per tacere di molti altri, ma è stata pure posta a base delle regole di diritto internazionale privato sancite dal legislatore italiano a riguardo della legge che deve regolare gli immobili ed i mobili.

93. A primo aspetto potrebbe parere, che avendo il legislatore italiano coll'articolo 7 delle disposizioni generali disposto « I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati » avesse voluto

(1) Ecco quello che fu da me scritto a proposito della legge applicabile alle cose esistenti nel territorio, a pag. 135-136 dell'opera citata. « Noi possiamo distinguere le cose sotto doppio rispetto, rispetto all'interesse per« sonale e rispetto all'interesse territoriale. Le relazioni della proprietà « colla persona del proprietario ed i diritti ed i doveri dello stesso verso « la famiglia, cui appartiene, sono d'interesse privato personale. Ogni na« zione definisce e governa gl'interessi privati personali dei membri che « le appartengono, e non può essere interessata di applicare a famiglie « straniere quello che essa stabilisce per definire e reggere gl'interessi « delle famiglie proprie. Ma la proprietà considerata nel suo organismo « interessa il territorio e l'ordine pubblico, e sotto questo rispetto, qua« lunque sia la persona del proprietario, non può violare l'organismo « territoriale della proprietà. Perciò noi possiamo stabilire il principio « generale che ogni cittadino può acquistare proprietà nei territorii delle « singole nazioni, e può goderne pienamente secondo le leggi che regolano « i suoi interessi personali, purchè non leda l'interesse della nazione presso « cui esistono i beni. »

Vedi la traduzione francese di Pradier-Fodéré, edizione 1868, p. 303.

riconfermare la massima sancita in tutte le altre leggi, e ammettere in massima, che dovessero essere considerate come territoriali tutte le leggi, che hanno per oggetto gli immobili. Questo però non è vero, come risulta chiaro confrontando la disposizione dell'articolo 7 con quelle degli articoli 6, 8, 9. Da esse infatti risulta, che non solo la capacità di acquistare o di alienare gli immobili deve essere retta dalla legge nazionale della persona, ma altresì che i diritti ereditari sugli immobili esistenti in Italia, non solamente in quanto all'ordine di succedere, ma ancora in quanto alla misura dei dritti successorii debbano essere retti dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratti (art. 8) — che la donazione degli immobili, quanto alla sostanza e quanto agli effetti, deve essere retta dalla stessa legge (art. 9) — che le forme estrinseche degli atti tra i vivi o di ultima volontà, anche relativi agl' immobili esistenti in Italia, devono essere determinate secondo la legge del luogo in cui codesti atti siano stati fatti (art. 9) — che la vendita degli immobili, e le obbligazioni contrattuali relative ad essi devono essere rette dalla legge del luogo, ove i contratti furono conclusi (art. 9). In conseguenza di tali disposizioni riesce chiaro, che la massima sancita nell'articolo 7 del Codice civile italiano deve interpretarsi in modo sostanzialmente diverso da quello, col quale è stato inteso l'articolo terzo del Codice francese, come è stato interpretato dagli scrittori e dalla giurisprudenza.

Essa infatti non si può interpretare altrimenti, che come la giusta sanzione del principio incontrovertibile di diritto pubblico e di diritto politico, che cioè gli immobili riuniti e contigui considerati come un tutto (in quanto cioè essi costituiscono il territorio), sono sotto l'impero esclusivo della legge italiana.

A riguardo dei mobili il legislatore italiano ha pure sancita la differenza tra essi e gli immobili per quello che concerne la legge che deve regolare i diritti ad essi relativi. Esso infatti dispone nello stesso articolo 7 « i beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario » soggiunge però: *salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano.*

Con tale disposizione il legislatore italiano non ha fatto altro, che designare la legge, alla quale devono ritenersi soggetti i mobili

presi nel loro insieme, come universalità, ed ha eliminato l'applicazione della legge del domicilio, designando invece la legge nazionale del proprietario come quella, dalla quale deve dipendere lo statuto dei mobili. Quanto poi alla legge, che deve regolare i singoli diritti, che si possono acquistare, o che si vogliono trasferire su di ciascuna cosa mobile esistente in Italia, è provveduto negli altri articoli, come per i diritti sulle cose immobili, ed avendo poi fatto salvo il caso dell'essere la legge nazionale del proprietario contraria a quella del paese, nel quale le cose mobili si trovino, il legislatore italiano ha riconosciuto in massima, che le cose mobili sono soggette esse pure alla legge del luogo ove effettivamente sono situate in certi casi. Il significato quindi dell'articolo 7 del Codice civile italiano posto in correlazione con gli altri articoli ci sembra essere questo. I diritti singoli di ciascuno su ciascuna cosa mobile o immobile devono essere retti in conformità degli articoli 6, 8, 9, 12. — I mobili considerati come universalità sono soggetti alla stessa legge della persona, cioè alla legge nazionale di lei, purchè non vi sia una contraria disposizione nel paese, in cui essi si trovino.

Gli immobili considerati come universalità (ossia il territorio) sono soggetti alla legge territoriale.

NB. Si tenga conto, per determinare meglio il concetto dello statuto reale, di quello che è scritto in seguito, al vol. III, a proposito della questione del Rinvio, e specialmente ai §§ 1345-1347.

CAPITOLO IV.

Legge della successione.

94. Importanza della questione. — 95. Il regime delle successioni presenta notabili diversità presso i varii Stati. — 96. Entro quali limiti si può sperare un diritto uniforme. — 97. Sistemi diversi circa la legge che deve regolare la successione degli stranieri. — 98. Della successione secondo il diritto feudale. — 99. Sistema adottato nel Codice Napoleone. — 100. Legge francese del 14 luglio 1819. — 101. Come gli scrittori abbiano cercato di giustificare il diritto vigente in Francia. — 102. Scrittori che vogliono far regolare la successione degli stranieri dalla *lex rei sitae*. — 103. Teoria degli scrittori della Germania. — 104. Sistema sancito dal legislatore italiano. — 105. Come la questione debba risolversi secondo i principii razionali del diritto. — 106. Si giustifica la teoria che ammette la preferenza della legge dello Stato da cui il defunto è cittadino. — 107. Non tutte le disposizioni in materia di successione hanno il carattere di leggi territoriali. — 108. Perchè deve preferirsi la legge della patria di ciascuno. — 109. Il sistema del legislatore italiano corrisponde al diritto razionale. — 110. Non si può fare nessuna differenza tra la successione immobiliare e quella mobiliare.

94. La disputa intorno alla legge che deve regolare la successione degli stranieri ha una grande importanza pratica, imperocchè, dall'ammettere la preferenza dell'una o dell'altra delle leggi che possono regolare i diritti successori, può derivare il rispetto o la violazione del diritto di proprietà, e dei diritti delle persone, che, per i loro titoli particolari, fondati su i loro rapporti personali col defunto, devono essere chiamate a raccogliere l'eredità.

Tale disputa è poi veramente grave a cagione della notabile diversità delle leggi dei diversi Stati, le quali nel regolare la successione discordano in molti punti fondamentali, nè ci sembra possibile che sia stabilito un diritto uniforme. La successione è in fatto connessa col diritto di famiglia, il quale non può essere lo stesso per i vari popoli, che si trovano in condizioni diverse per civiltà e per costumi, e per tutte le molteplici condizioni morali e politiche, che influiscono sull'organizzazione della famiglia e sulle relazioni tra i membri della medesima.

95. Alcune legislazioni seguitando la dottrina dei sapienti giureconsulti romani riconoscono la successione legittima e la testamentaria, e sanzionano la prevalenza di questa su quella. Così dispone il Codice civile italiano, secondo il quale l'eredità è devoluta o per legge o per testamento, e in modo che non si ammette la successione legittima, se non quando manchi in tutto o in parte la successione testamentaria (art. 720). Altre invece riconoscono soltanto la successione legittima. Così è, per esempio, il Codice Napoleone il quale, consacrando i principii ammessi dalle antiche consuetudini della Francia (1) e le idee accettate dalla sessione legislativa, stabilì come principio che la qualità di erede non poteva essere attribuita per testamento: e per togliere qualunque equivoco, e far conoscere che gli effetti annessi dal diritto romano al titolo di erede testamentario non erano ammessi nel sistema adottato dal Codice Napoleone, si stimò opportuno aggiungere al progetto l'articolo 1002 (2). Col testamento nel sistema francese si può soltanto ordinare dei legati o fare delle donazioni.

Vi sono ancora Stati meno progrediti nella civiltà, che conservano i costumi degli antichi popoli di Oriente, secondo i quali la proprietà della terra apparteneva esclusivamente al sovrano, e il possesso precario ai sudditi. Così è, per esempio, nella Turchia, ove quando uno muore senza maschi, il Gran Sultano ha la proprietà dei suoi beni, e le figlie l'usufrutto (3). Presso altri Stati, benchè più innanzi nel progresso, sono sempre vive le tradizioni del regime feudale; così è in Inghilterra, ove l'organismo della proprietà e della successione porta l'impronta del feudalismo.

Vi sono finalmente leggi, le quali per la strana confusione dell'elemento religioso e del civile negano la successione a quelli, che abiurano la propria religione. Così è, per esempio, nella Svezia ove per

---

(1) La massima del diritto consuetudinario era la seguente: *non ha luogo istituzione di erede; haeredes gignuntur non scribuntur*. Confr. Simmaco, *Epist.*, I, 15; Loysel, *Instit. consuet.*, lib. II, tit. IV, reg. 5; Laboulaye, *Droit de propriété;* Troplong, *Des donations*, préface.

(2) Vedi Dalloz, *Répert.*, v. *Succession.*

(3) Dalloz, v. *Succession*, *Droit comparé;* Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. V, ch. XIV.

una disposizione ispirata dall'intolleranza religiosa è escluso dalla successione chiunque abbia abiurato il luteranesimo, a menochè non ritorni alla vera fede, o non ottenga una grazia sovrana entro i cinque anni dalla sua abiura (1).

96. Alcune diversità potranno certamente sparire col progresso della civiltà, ma è indubitato, che l'ordine col quale gli eredi sono chiamati a succedere, il loro grado rispettivo, la quota ereditaria spettante a ciascuno di essi, la maggiore o minore estensione del diritto di rappresentazione, i diritti del figlio naturale, del coniuge superstite e dei successori irregolari chiamati in mancanza di eredi, e il modo col quale si acquista la proprietà e il possesso dell'eredità, sono e saranno diversi secondo le diverse leggi, e l'uniformità perfetta non si potrà sperare mai, perchè la determinazione di tutte le suddette cose dipende in gran parte dal modo di estimare certe naturali tendenze del cuore dell'uomo: dallo spirito di famiglia: e dalla maggiore e minore considerazione dei rapporti personali dei successibili col defunto.

Quello che secondo noi si può realizzare, e che dovrebbe essere lo scopo delle disquisizioni dei giureconsulti di tutti i paesi, è di fare accettare da tutti gli Stati un diritto comune, onde risolvere in un modo uniforme i conflitti, che si verificano in caso di successione di stranieri. A ciò è necessario di prescindere da certi vecchi sistemi, da idee preconcette e dai principii esagerati dell'indipendenza di ciascuno Stato nei suoi rapporti cogli altri, e studiare profondamente la vera natura del diritto di successione, onde determinare, secondo l'essenza di questo rapporto, il limite di ciascuna delle leggi, che si trovano in conflitto, e designare quella che dev'essere preferita.

97. Le teorie prevalenti si possono ridurre a tre sistemi.

Il primo sistema è quello che considera l'eredità come una continuazione della personalità del defunto, e che sottomette tutti i diritti ereditari alla legge stessa, alla quale esso era soggetto. I fautori di tale sistema si suddividono nel determinare codesta legge, e alcuni sostengono che debba essere quella del domicilio del defunto, altri

(1) Codice svedese, cap. VII, art. 4.

quella dello Stato, a cui il defunto appartenga per cittadinanza, altrimenti denominata legge nazionale.

Il secondo sistema sottomette alla legge territoriale tutti i rapporti, che derivano dalla successione. Per costoro l'acquisto di ogni diritto ereditario sarebbe soggetto alla *lex rei sitae*, e quindi dipenderebbe dalla situazione dei beni nel territorio soggetto all'impero della sovranità territoriale.

Il terzo sistema riposa su di una dottrina mista, la quale consiste nell'ammettere l'applicazione della legge personale del defunto per i diritti successorii su i beni mobili, e l'applicazione della *lex rei sitae* per i diritti ereditari su i beni immobili.

98. È indispensabile per valutare la portata di tali sistemi di premettere sommariamente i precedenti storici.

Lasciamo da parte i tempi nei quali lo straniero era considerato fuori del diritto comune, e quando ad esso era negata ogni capacità di trasmettere o di ricevere la eredità, e volgiamo invece la considerazione al sistema prevalente, mentre vigeva il diritto feudale, dal quale sono derivati i falsi concetti a riguardo della legge della successione degli stranieri.

Nel sistema feudale la successione divenne un istituto di diritto politico. Essa tendeva infatti a rendere permanenti ed immutabili i rapporti tra i possessori della terra ed i loro signori feudali, e fu una delle applicazioni dei principii allora prevalenti, coi quali si arrivò a negare la libertà politica, la libertà civile, e la vera proprietà. Essendo infatti i proprietari allodiali posti in condizione di non potere difendere da sè stessi la proprietà, furono spinti a mettersi essi pure sotto la protezione del loro signore, e a conservare la proprietà in virtù della concessione di lui. In tal guisa tutti divennero vassalli e sotto-vassalli: tutti ebbero il possesso della terra, senza la facoltà di disporne liberamente, tanto che la proprietà divenne per tutti l'usufrutto.

In tale ordinamento di cose era ben naturale, che il vassallo, che non avea i diritti di proprietà, ma solo il semplice diritto d'investitura, non potesse nominare il suo successore. L'erede era quindi invariabilmente imposto dal signore secondo la legge politica del paese e la natura del feudo, ed indipendentemente dai legami di famiglia e dai sen-

timenti naturali del defunto. Da ciò ne derivarono due conseguenze: 1° che nessuno poteva ereditare se non era vassallo o sotto-vassallo, e quindi che i beni dello straniero, dichiarati vacanti, erano devoluti al signore; 2° che nessuno potea succedere, fuorchè in conformità della legge del paese in cui esistevano i beni.

99. Quando ai signori successero i sovrani le tradizioni feudali non furono del tutto abbandonate, e il diritto di successione fu considerato come un istituto di diritto civile. Pothier, nell'introduzione al suo trattato sulla successione così si esprime: « Il diritto di successione tanto attivo che passivo è di diritto civile, imperciocchè è la legge civile quella che deferisce la successione dei defunti, e che vi chiama le persone che devono raccoglierla. Da ciò risulta che soltanto i cittadini, che godono della vita civile, hanno il diritto di trasmettere la loro successione » (1).

Codesta teoria che considera la successione tanto attiva che passiva come un istituto di diritto civile è stata la teoria tradizionale dei giureconsulti francesi, che aveano scritto mentre vigeva il diritto consuetudinario, e che fu poi riaffermata, quando si trattò di discutere il progetto di codice civile. Mirabeau la sostenne calorosamente dinanzi all'Assemblea, Robespierre e Tronchet se ne fecero propugnatori dinanzi al Consiglio di Stato (2) e fu poi affermata nel rapporto fatto al Tribunato in nome della Commissione legislativa (3). Nè sono mancati

---

(1) Pothier, *Traité de la succession*, chap. I, § 1.

(2) *Histoire parlementaire*, t. IX.

(3) *Rapport au tribunat.* Chabot (de l'Allier) si espresse nei seguenti termini: « Avant l'établissement des sociétés civiles la propriété était plutôt un fait qu'elle n'était un droit. La nature a donné la terre en commun à tous les hommes; elle n'en a point assigné à chacun d'eux telle ou telle portion. La propriété particulière ne pouvait donc avoir d'autre origine que le droit du premier occupant, ou le droit du plus fort: elle ne durait, que par la possession, et la force aussi pouvait la détruire. La société civile est la seule et véritable source de la propriété.... Mais si l'homme dans l'état de nature n'avait pas le droit de propriété, il ne pouvait le transmettre lorsqu'il mourait; car on ne peut transmettre, on ne peut donner ce qu'on n'a pas. La transmission des biens par succession n'est donc pas du droit naturel, mais du droit civil » (Séance du 26 germinal, an. XI).

valenti giureconsulti che l'abbiano riprodotta anche nei tempi posteriori (1).

In questi precedenti bisogna ricercare le ragioni, per le quali nel Codice Napoleone il diritto di acquistare o trasmettere l'eredità non fu considerato rispetto allo straniero come un diritto inerente a quello di proprietà, ma subordinato invece alle condizioni stabilite dal legislatore ispirate dal diritto politico.

Non è quindi da maravigliare, se in Francia sia stato tanto rigorosamente applicato il diritto di albinaggio, che dichiarava lo straniero incapace di succedere e di trasmettere sia *ab intestato*, sia per testamento i beni situati in Francia a qualsivoglia persona (2). L'Assemblea nazionale con la legge del 6 agosto 1790 e meglio ancora col decreto dell'8 aprile 1791 aveva dichiarato gli stranieri capaci di succedere e di trasmettere in Francia, ma il Codice Napoleone facendo un passo retrogrado ripristinò indirettamente il diritto di albinaggio. L'articolo 726 è così concepito: *Un étranger n'est admis à succéder aux biens qu'un parent étranger, ou français, possède dans le territoire de la République, que dans le cas et de la manière dont un français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'art. 11 au titre de la jouissance des droits civils*. L'art. 912 poi si esprime nei seguenti termini: *On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un français.*

Questi due articoli combinati coll'art. 11 non toglievano allo straniero la capacità di trasmettere, ma solo la capacità di succedere, ammenochè non si verificassero le condizioni espresse dal legislatore, le quali erano state formulate in un modo così equivoco, e furono poi dalla giurisprudenza interpretate tanto rigorosamente (3) che per

---

(1) Chabot, *De la succession*, art. 726. — Rodière, *Revue de législ.*, 1850, t. I, p. 180 e seg. — Demangeat, *Revue pratique de droit français*, t. I, 1856, p. 63.

(2) Favard, *Répert.*, v. *Aubaine;* Rej, 2 prair., an. IX (Bastard); Sirey, I, 1, 442.

(3) Chabot, *Succession*, sur l'art. 726; Demante, t. I, n° 10 *bis* e t. III, n° 33 *bis;* Duranton, t. I, n° 84 e t. VI, n° 82; Toullier, t. II, n° 102;

ordinario l'eredità era dichiarata caduca e devoluta al fisco. Così se non era autorizzata la confisca diretta, come pel diritto di albinaggio, si arrivava alla confisca indiretta coll'applicazione dei due articoli citati.

L'articolo 11 infatti concede allo straniero il godimento di quei diritti civili, che sono accordati ai francesi in virtù dei trattati stipulati con lo Stato, di cui lo straniero è cittadino. Laonde la capacità di trasmettere la successione è a norma del diritto francese subordinata alla condizione della reciprocità pattuita nei trattati, e il motivo, pel quale tale condizione fu sancita nel codice francese, si rileva dalle seguenti parole pronunziate da M. Treilhard al Corpo Legislativo nella discussione dell'art. 11. *On sera du moins forcé de convenir, que le principe de la réciprocité d'après les traités* A CET AVANTAGE BIEN RÉEL, *que les traités étant suspendus par le fait seul de la déclaration de guerre, chaque peuple redevient le maître de prendre dans ces moments critiques l'*INTÉRÊT DU MOMENT *pour unique règle de sa conduite* (1).

100. Le ingiuste disposizioni contenute nei due citati articoli sono state posteriormente abrogate con la legge del 14 luglio 1819 (2), la quale fu intitolata a ragione: *Loi relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction;* ma neppure questa legge consacrò i veri principii, nè lo poteva, perchè fu dettata dall'interesse, e non dai sentimenti di giustizia e di umanità. Fu lo stesso ministro di giustizia che lo dichiarò nell'esporre i motivi della nuova legge. *Ce n'est pas par un mouvement de* GÉNÉROSITÉ, *que nous voulons effacer les différences relatives aux successions et aux transmissions de biens,* C'EST PAR CALCUL (3).

DEMANGEAT, *Condition des étrangers*, p. 236; RODIÈRE, *Revue de législation*, t. I, 1850, p. 182; Cass. franc. 24 août 1808 (Husseman); Cass. 1 février 1813 (Tarchini); Rej, 9 février 1831 (Raggio); Douai, 1 mai 1819 (Rohan); *Pasicrisie.*

(1) LOCRÉ, *Législation civile*, t. IV.

(2) La legge del 14 luglio 1819 fu estesa alle colonie francesi con ordinanza del 21 novembre 1821, salva la riserva contenuta nell'editto di giugno 1783 (DEMOLOMBE, *Succession*, t. I, n° 212).

(3) *Séance du 4 mai 1819 à la Chambre des Pairs.* LOCRÉ, *Législation civile*, t. X, p. 501.

· Codesta legge non mirò quindi a riparare un' ingiustizia, ma soltanto a provvedere agli interessi della Francia. Essa concesse infatti agli stranieri il diritto di succedere ma a solo fine di evitare che essi portassero via la loro industria e i loro capitali dalla Francia, se fosse stata ivi mantenuta sempre in vigore la legge che loro toglieva la facoltà di disporre dei loro beni. Però il legislatore concedendo pure tale capacità agli stranieri, stabilì in pari tempo, che la successione dei medesimi dovesse essere assoggettata interamente al diritto francese: « les étrangers auront le droit de succéder de disposer et de recevoir de la même manière que les Français. »

In conseguenza nella giurisprudenza francese è prevalsa la regola, che la successione e la divisione degli immobili esistenti in Francia appartenenti ad uno straniero, sia che egli venga a morire ivi o altrove, debba essere retta dalla legge francese, anche quando gli eredi siano stranieri. E qualora una parte dei beni si trovi soltanto in Francia, e l'altra all'estero si debba procedere, come se si trattasse di successioni completamente distinte, applicando sempre la legge francese per la successione che viene ad aprirsi in Francia. Lo straniero quindi, benchè chiamato ad adire un'eredità secondo la legge del suo paese, non succede per gli immobili esistenti in Francia, quando sia escluso a norma della legge francese, e viceversa. Così un padre straniero, che secondo la legge della sua patria sarebbe il solo erede del di lui figlio escludendo l'avo materno, deve concorrere con questo per gli immobili esistenti in Francia in conformità della legge francese (1). Codesta legge deve pure regolare l'estensione dei diritti, successorii e la misura dei medesimi, e quanto concerne l'ordine della successione.

Nella causa Etchevest contro Galharagua disputandosi circa i diritti successorii di un figlio naturale spagnuolo che concorreva con figli legittimi nella successione paterna, e che secondo la sua legge

(1) Cass., 21 juill. 1851 (Gurcel); Sir., 1851, 1, 685; Rej, 31 déc. 1850 (Marinetti) *Pasicrisie*, Cass. 14 mars 1837; (Stewart) *Pasicrisie*, Confr. Demolombe, *Succession*, t. I, n° 196; Demante, sull'art. 3 (t. I, n° 10) e sull'art. 726 (t. III, n° 33; Marcadé, sull'art. 3 (t. I, p. 49 e seg.).

personale avrebbe avuto diritto ai soli alimenti, fu deciso che per la successione mobiliare sarebbe stato escluso in conformità della legge del suo paese; ma che sugl'immobili esistenti in Francia avrebbe goduto i diritti successorii che a lui conferisce la legge francese (1).

Applicando i medesimi principii i Tribunali francesi si sono dichiarati competenti a conoscere e a fare il riparto degli immobili esistenti in Francia in conformità della legge francese (2), e hanno ritenuto generalmente, che le dimande per divisione d'immobili situati in Francia, e appartenenti alla successione di uno straniero morto fuori della Francia, dovessero essere portate dinanzi al Tribunale del luogo ove sono situati i beni, e non dinanzi a quello del luogo, ove si fosse aperta la successione (3). L'art. 3° Codice civile, disse la Corte di Colmar, che sottopone alla legge francese gl'immobili esistenti in Francia, benchè posseduti da stranieri, sottopone per una conseguenza necessaria i medesimi immobili alla giurisdizione francese, essendo il potere giurisdizionale come il legislativo, un'emanazione della sovranità. Per siffatte considerazioni i Tribunali francesi non considerano l'art. 59, § 6, Cod. proc. civ., applicabile alle successioni aperte in paese straniero e alle azioni derivanti dalle stesse, e applicano l'art. 14 Cod. civ. per le azioni personali (4) e l'art. 3° Cod. civ. per le azioni sugl'immobili situati in Francia (5). Per contrario per le azioni e divisione della successione di uno straniero morto in Francia si sono dichiarati competenti a conoscere anche della divisione mobiliare, se lo straniero avea ivi domicilio, e incompetenti se non vi avea domicilio, sempre per la distinzione tra successione mobiliare che è retta da unica legge, e successione immobiliare che è retta dalla *lex rei sitae* (6).

---

(1) Pau, 17 janvier 1872 (Etchevest), *Pal.*, 72, 936.

(2) MERLIN, *Répert.* v. *Compétence*, § 6, n° 9. — PIGEAU, L. 2, parte 1ª, t. II, cap. I. — LEGAT, p. 295. — Cass. 14 mars 1837 (Stewart), *Pas. Cr.*

(3) Colmar, 12 août 1817 (Gérardy), *Pas. Cr.*

(4) Paris, 17 nov. 1834, *Pas. Cr.* — Paris, 11 déc. 1847 (Kuhn), *Dalloz*, 1848, 2, 49.

(5) Cass. fr., 10 nov. 1847 (Francois), DALLOZ, 48, 1, 38.

(6) Paris, 13 mars 1850 (Brown), *Pas.*, 51, 2, 791. — Riom, 7 avril 1835, *Pas. Cr.*

Gli scrittori e la giurisprudenza francese hanno ammesso più generalmente che siccome la successione si apre al domicilio del defunto, secondo la legge del domicilio si devono determinare i diritti dei successori (1). Anche per la successione di un francese, che avea stabilito il suo domicilio in paese straniero, si applicò la legge de domicilio a preferenza della legge francese (2), ed è così sopratutto per i beni mobili (3), tantochè la Cassazione francese decise che nella successione di un francese domiciliato in paese straniero gli agnati erano chiamati a succedere ad esclusione dei cognati, perchè così disponeva la legge del paese in cui il francese era domiciliato (4).

In alcune decisioni che sono a nostra conoscenza si trova in verità stabilito come massima che la successione mobiliare dello straniero deve essere regolata dalla legge nazionale (5). Conviene per altro notare che in tutte codeste sentenze il domicilio coincideva con la nazionalità, tanto che non si potrebbe affermare che la giurisprudenza recente abbia accettato la massima di far regolare la successione mobiliare dello straniero dalla sua legge nazionale. Nella sentenza del Tribunale di Havre è anzi ammesso che, se uno straniero avesse in Francia il domicilio legale, la successione mobiliare dello stesso sarebbe devoluta secondo la legge francese (6).

Non vogliamo però omettere di notare che la sentenza del Tribunale di Havre inizia un'importante riforma nel senso liberale e progressivo, e se i principii dottrinali che motivano quella sentenza

(1) Riom, 7 avril 1835 (Onslow), *Pas. Cr.* — Paris, 13 mars 1830 (Brown), *Pas.*, 51, 2, 791. — Bordeaux, 16 août 1845 (Manevra), *Dalloz*, 47, 245. — Cfr. Rodière, *Revue de législ.*, t. I, 1850, pag. 185; Chabot, *Succession*, sull'art. 726.

(2) Cass. fr. 27 avril 1868 (Jeannin), *Journal du Palais*, 68, 636. — Cass., 25 juin 1866 (Gautier), *ivi*, 65, 764. — Cfr. Toulouse, 7 déc. 1863 (Mouret), *ivi*, 64, 1184.

(3) Paris, 13 mars 1850 (Brown), *ivi*, 1850, 2, 436. — Paris, 25 mai 1852; 6 janvier 1862, *ivi*, 52, 2, 232; 63, 68.

(4) Cass. fr., 27 avril cit.

(5) Lyon, 21 juin 1871 (des Guidi), *Pal.*, 72, 900. — Paris, 14 juill. 1871 (Bergold), *Pal.*, 71, 505. — Pau, 17 janvier 1872 (Etchevest), *Pal.*, 72, 936. — Paris, 29 juillet 1872 (Morand), *Pal.*, 73, 690. — Havre, 22 août 1872 (Myers), *Pal.*, 72, 1219.

(6) Sentenza citata.

saranno accettati nella giurisprudenza francese, e se, come sempre, non saranno poi diversamente interpretati per l'esagerata sollecitudine di proteggere gl'interessi dei loro nazionali, ne avranno il giusto merito quei dotti e sapienti magistrati, che hanno preso a fondamento della loro decisione i principii razionali, e hanno lasciato a parte i vieti criterii dell'antica scuola.

101. Gli scrittori hanno cercato di giustificare il sistema francese, adducendo che la legge della successione forma parte dello statuto reale, e che gli immobili devono essere retti dalla *lex rei sitae*, ma spingendo lo sguardo addentro bisogna riconoscere, che la vera ragione si è questa, che cioè la teoria feudale (che considerava il diritto di succedere come una concessione del signore della terra e l'ordine della successione come connesso col principio politico di ciascun paese), nella stessa guisa che ha esercitata la sua influenza sulla dottrina degli scrittori, i quali scrissero mentre vigeva il diritto consuetudinario, e sui giureconsulti che prepararono il progetto di codice civile, così ha continuato e continua tuttora ad esercitarla sulla maggioranza degli scrittori francesi, che si sforzano di giustificare i principii accettati nella legislazione del loro paese.

Basti infatti rammentare quello che scrive Demangeat: « *Toute loi de succession*, egli dice, *est une loi politique, une loi qui intéresse l'ordre public: le droit privé en matière de succession se plie toujours aux donnés du système de gouvernement en vigueur; et suivant que le gouvernement est un gouvernement de privilège ou un gouvernement national, dans la loi de succession on voit régner l'idée de privilège ou l'idée d'égalité. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les différentes lois sur les successions, qui ont été admises en France aux diverses époques de notre histoire: toutes apparaissent d'une manière plus ou moins frappante comme des instruments dont se sert le souverain pour faire prédominer tel ou tel grand principe d'organisation politique et sociale.... il y a par conséquent un intérêt public à ce que notre loi française choisisse toute succession laissée en France par quelque personne que ce soit* (1).

---

(1) Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 337.

Aubry e Rau poi, in appoggio della stessa teoria, esposta ed accettata da Zaccaria, scrivono: « Il territorio forma, in certo modo, la base materiale dello Stato, la di cui esistenza si trova in tal modo strettamente legata alla sorte degl' immobili, che compongono questo territorio: ed è perciò che nessun legislatore può consentire di sottomettere gl'immobili situati nel suo paese all'impero di una legge straniera.... Sotto il punto di vista dei motivi, sui quali è fondata questa regola, non vi è luogo a distinguere tra la trasmissione a titolo particolare, e la trasmissione a titolo universale di un' università di immobili. Invano, per sostenere il contrario, si obietta da una parte che il patrimonio, non essendo un oggetto esteriore e confondendosi con la persona stessa, che ne è il proprietario, non ha situazione distinta dal domicilio di questa persona, e d'altra parte che la successione *ab intestato* è deferita secondo la volontà presunta del testatore, e che per interpretare questa volontà conviene riportarsi alla legge del suo paese. Sta in contrario, che nella trasmissione del patrimonio non si può fare astrazione dagli oggetti che lo compongono.... Se inoltre per la regola delle successioni il legislatore tiene ordinariamente conto delle affezioni naturali e presunte dell' uomo, questa considerazione non è, nè può essere che secondaria. Nella materia DELLE SUCCESSIONI DOMINANO LE VEDUTE POLITICHE, le ragioni d'interesse sociale. Questo è un motivo di più per escludere, nella materia in esame, qualunque applicazione di legge straniera » (1).

102. Non giova disconoscere, che la teoria, sulla quale riposa la legislazione francese, è quella che concordemente è stata accettata dai giureconsulti e dai legislatori di tutti i paesi pochi eccettuati. Essa è stata la conseguenza dell'applicazione dei principii esposti nel capitolo antecedente a riguardo della territorialità di ogni legge che regola i diritti sulle cose immobili. Noi troviamo infatti posta a base della dottrina e delle legislazioni la massima *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia totidem patrimonia intelliguntur*. Giovanni Voet avea così formulata questa regola: *Immobilia deferri secundum leges loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri debeant diversa patrimonia, ac tot*

(1) AUBRY e RAU, *nota* 43 *al* § 31 *di* ZACCARIA.

haereditates, quot locis diverso jure utentibus immobilia existunt (1). Codesta teoria non fu soltanto accettata dai giureconsulti del XVI, XVII e XVIII secolo (2), ma ancora dalla maggioranza dei giuristi moderni, eccettuati unicamente quelli della Germania, i quali ispirandosi ai principii del diritto romano ammisero, che la successione dovesse essere retta dalla legge personale a cagione del dovere essere essa considerata come un' *universitas juris*, che rappresenta di diritto la persona stessa del defunto.

Gli altri scrittori sono concordi nell'ammettere la stessa regola. Bynkersoëk scrisse: *immobilia enim deferri ex jure, quod obtinet in loco rei sitae, adeo hodie recepta sententia est, ut nemo ausit contradicere;* e il Rodenburgo: *Jus rebus succedendi immobilibus semper a loco rei sitae metiendum;* e il P. Voet: *Quid si circa successionem ab intestato statutorum sit difformitas? Spectabitur loci statutum ubi immobilia sita, non ubi testator moritur* (3).

103. Gli scrittori della Germania sono stati i primi a combattere la teoria tradizionale, che in materia di successione immobiliare soprattutto ammetteva la territorialità assoluta della legge. Influì moltissimo a produrre tale risultato l'avere i detti scrittori accettato il concetto romano nel valutare la natura della successione, lo che fu conseguenza della grande autorità del diritto romano in Germania. I giuristi tedeschi hanno infatti ammesso il principio, che il patrimonio considerato come università sia un oggetto, che comprende tutti i diritti attivi e passivi della persona, e che quindi non si possa considerare, come se fosse distinto in cose mobili ed immobili, in diritti crediti e debiti, ma che invece preso nel suo insieme esso rappresenta un'unità

---

(1) J. VOET, *Comm. ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. XVII, n° 34.

(2) PAOLO VOET riporta una lunga lista di scrittori i quali sostennero la medesima opinione, che cioè la successione degl'immobili dovesse essere retta dalla legge ove essi si trovavano. Vedi la sua opera *De statutis*, § 9, cap. I, n° 4, pag. 253, ediz. 1715.

(3) Vedi BYNKERSOËK, *Quaest. privat. jur.*, lib. I, cap. XVI, p. 180; RODENBURG, *De diversit. stat.* parte 2ª, tit. II, cap. II, pag. 59; BURGUNDUS, *De divers. stat.*, tit. II, parte 2ª, cap. II, § 1; BOULLENOIS, *Appendix*, t. II, p. 59; P. VOET, *De stat.*, § 9, cap. I. n° 34; SANDE, *Decisione frisicae*, lib. IV, tit. VIII, def. 7; BOULLENOIS, *Observ.*, 33.

ideale, un'*universitas;* che considerato come tale non si può dire che esso esista in un luogo piuttosto che in un altro, imperocchè prima dell'apprensione dell'erede esso rappresenta di diritto la persona stessa del defunto, e siccome deve reputarsi come la continuazione della persona di lui, così deve essere retto dalla stessa legge, cui la persona medesima era sottoposta. Codesta teoria difesa da Savigny, da Mittermaier, da Menken è stata poi sostenuta dalla maggioranza degli scrittori tedeschi, e negli ultimi anni è stata accettata concordemente dagli scrittori italiani, da alcuni scrittori francesi (1), e vigorosamente difesa da Laurent.

104. Il legislatore italiano poi è stato il primo a sancire con la legge un'innovazione tanto importante, avendo egli non solo equiparato lo straniero al cittadino a riguardo del diritto di succedere, ma avendo altresì ammesso, che la stessa legge, da esso designata come legge regolatrice dello stato della persona e dei rapporti di famiglia, debba regolare altresì quanto concerne l'ordine di succedere, la misura dei diritti successorii e la intrinseca validità della disposizione testamentaria di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese siano situati (2).

---

(1) Fra coloro che hanno recentemente sostenuto in Francia che la successione dev'essere retta dalla legge personale, dobbiamo rammentare il Dubois, nel *Journal du droit international privé*, 1875, pag. 51-54; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, § 75 e seg.; Antoine, *De la succession en droit international privé*, i quali si sono pure sforzati a dimostrare, che quello ch'essi sostengono in teoria, non è contradetto dalle disposizioni del Codice francese. Laurent però prova con molti argomenti bene fondati che il Codice civile francese ha consacrato il principio tradizionale della realità dello statuto della successione, e che la giurisprudenza ha ritenuto costantemente lo stesso principio, *Droit civil international*, tom. VI, § 128 e seg.

(2) Articolo 8, *Disposizioni generali Cod. civile.*

La più ardita e grandiosa innovazione attuata nella legislazione italiana è stata quella di ammettere a riguardo dello straniero la capacità attiva e passiva a succedere escludendo ogni condizione di reciprocità. Il nostro legislatore è venuto così a riconoscere che il diritto di trasmettere la proprietà deve essere considerato come un vero diritto dell'uomo, ed ha dato così un mirabile esempio a tutti gli Stati civili.

Nel progetto di Codice la Commissione Senatoria non aveva adottato

105. Passando ora ad esaminare quale dei vari sistemi sia quello che meglio risponda ai principii razionali del diritto troviamo nell'autorità degli scrittori contemporanei, che hanno accettato la nuova teoria, un valido appoggio per riaffermare con maggiore fiducia l'opinione precedentemente da noi manifestata nell'opera di diritto internazionale pubblico stampata nel 1865 (1) e nella prima edizione della presente opera stampata nel 1869, che cioè la legge regolatrice della successione e dei diritti successorii deve essere quella stessa, alla quale sono soggetti la persona ed i rapporti di famiglia. Questa è la giusta conseguenza dei principii che impongono di rispettare dovunque i diritti della persona e la legge che deve regolare i rapporti di famiglia.

Giova infatti considerare che la proprietà è il complemento necessario della personalità umana, e che l'elemento essenziale, che caratterizza il dominio, si è la facoltà di poter disporre liberamente secondo i nostri propri interessi, e secondo le nostre proprie tendenze naturali di quello che ci appartiene. Posto che il diritto di proprietà sia un diritto dell'uomo; che deve essere tutelato dalla legge civile, ma

---

il sistema liberale proposto dal PISANELLI di ammettere cioè gli stranieri a godere dei diritti civili alla pari dei cittadini, ed è perciò che essa aveva aggiunto un articolo (742), in cui era detto: « nel caso di divisione di una successione deferita a cittadini e stranieri, e composta di beni situati nel Regno e all'estero, gli eredi cittadini avranno il diritto di prelevare sui beni esistenti nel Regno una porzione eguale in valore ai beni posti in paese straniero, dai quali i cittadini fossero stati per qualunque titolo in tutto od in parte esclusi ». Questa disposizione fu rigettata dalla Commissione legislativa, perchè fu da essa considerata a ragione, come una vera rappresaglia contraria ai principii liberali, dai quali si volle informato il nuovo Codice. Vedi *Processi verbali*, seduta dell'11 maggio.

(1) Ecco quello che fu da noi scritto nella citata opera *Diritto pubblico internazionale* (Milano, 1865, pag. 137). « La legge della successione deve essere riconosciuta dovunque, perchè nessuna nazione può pretendere di regolare gl'interessi delle famiglie straniere, ma se tale legge violasse l'interesse economico e pubblico della nazione presso cui esistono i beni, non dovrebbe essere seguìta, perchè altererebbe l'organismo della proprietà. Come, per esempio, sarebbe, se una legge di successione ammettesse, dei vincoli fidecommissarii, i quali non potrebbero valere in paese straniero se questi vincoli fossero aboliti dalla legislazione. » Conf. Traduzione francese di detta opera, per PRADIER-FODÉRÉ, t. I, p. 305.

che non derivi da essa; che il diritto di disporre della cosa propria sia compreso in quello di proprietà (1), ne segue, che il negare al proprietario tale legittimo diritto equivale ad offendere la personalità umana negando ad essa una delle sue più giuste prerogative.

Giova inoltre considerare, che il legislatore intanto può regolare la successione, in quanto è chiamato a tutelare i diritti spettanti ai membri della famiglia determinando quale sia la parte dell'eredità ad essi riservata; e per quelle parte poi per la quale si può disporre con testamento, il legislatore può regolare la successione in mancanza del testamento, perchè la disposizione della legge si considera come declarativa della volontà presunta del defunto.

Ora a noi sembra chiaro, che unica debba essere la legge della successione, perchè, se tutto deve dipendere dai rapporti di famiglia e dalla presunta volontà del *de cujus*, non si può ammettere, che questi abbia potuto avere tante volontà quanti siano stati i paesi diversi ove si siano trovati i suoi beni, e molto meno poi si può ammettere, senza cadere nell'assurdo, che il *de cujus* abbia potuto avere nello stesso tempo due volontà opposte, chiamando cioè suo erede una persona per i beni situati in un paese, ed escludendola per quelli situati in un altro. Considerando che il patrimonio preso nel suo insieme è un'unità indivisibile, un'*universitas*, ci pare chiaro, che unica debba essere la legge a seconda della quale la trasmissione di codesto patrimonio debba essere effettuata.

106. Facendoci poi a ricercare fra le diverse leggi concorrenti quale sia quella, che si deve considerare come legge della successione, riteniamo, che essa debba essere la legge dello Stato di cui il *de cujus* sia cittadino, sempre che però l'applicazione della medesima nel paese,

---

(1) Confr. Gabba, *Essai sur la véritable origine du droit de succession;* Platone, *Dial. de lege;* Aristotile, *Polit.*, II, 8; Pufendorf, *De jure nat. et gent.*, lib. IV, cap. x, § 4; Coccejus, *Animad. ad Grotium*, lib. II, cap. vii, § 14; Thomasius, *De orig. succes. testam.*, 3, 12, 32; Bynkersoëk, *Observationes juris romani*, lib. II, cap. ii; Tronchet, Séance du 7 pluviose, an. XI; Toullier, *Code civ.*, l. V, § 343; Grenier, *De donat. et testam. Discour. histor.*

ove i beni ereditari siano situati, non offenda il diritto pubblico e le leggi di ordine pubblico in esso vigenti.

Il conflitto e la concorrenza delle leggi potrebbe infatti nascere tra la legge del luogo ove si fosse verificata la morte, quella del paese ove si trovasse la massima parte dei beni ereditari, quella del domicilio, e quella dello Stato di cui il *de cujus* fosse stato cittadino.

La legge del luogo, in cui sia avvenuta la morte, non può esercitare nessuna influenza, perchè la successione si apre necessariamente al momento, nel quale la morte sia avvenuta, ma nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto.

Il sistema che ammette la preferenza della *lex rei sitae* si fonda principalmente sulla considerazione, che il diritto di successione ha stretta attinenza col diritto politico. Codesto argomento però non ci sembra decisivo di fronte al diritto moderno, così come esso era tale di fronte al diritto feudale. Esso può essere pertanto opportunamente invocato in quei paesi ove le tradizioni feudali sono tuttora conservate, come accade nella Gran Bretagna, ma non si può elevare a principio, contro i risultati della scienza moderna quello che dice Demangeat, che cioè *ogni legge di successione è una legge politica.*

Ammettiamo anche noi, che nelle leggi della successione si riveli il principio politico economico e sociale, sul quale riposa l'organamento dello Stato, così come si rivela in tutti gli istituti giuridici di ogni paese. Il diritto civile di ciascun popolo è infatti lo sviluppo del diritto privato posto in armonia col diritto sociale e col diritto politico, ma è precisamente per questo, che il diritto civile fatto per un popolo non può essere applicato intieramente ad un altro. D'altra parte poi, se la sovranità fosse oggi tuttora stabilita su fittizie combinazioni territoriali, sarebbe vero il dire, che ogni legge, che regolasse la successione degl'immobili, dovesse essere considerata come una legge politica a cagione delle sue attinenze col principio politico. Lo Stato e la sovranità secondo il concetto del diritto moderno, riposano invece su basi ben diverse, e la loro principale missione è la tutela del diritto mediante l'applicazione della legge, la quale secondo la natura delle cose e delle relazioni giuridiche ne deve regolare l'esercizio ed il godimento. Ora posto, come abbiamo detto, che il diritto di trasferire

la proprietà appartenga all'individuo (essendo compreso in quello di dominio): che la sovranità intervenga nel regolare la successione, o limitando la facoltà di disporre per testamento, e (a fine di proteggere i diritti dei membri della famiglia) fissando la quota legittima a ciascuno di essi appartenente, o determinando l'ordine della successione e la misura dei diritti successorii (in mancanza di testamento) in conformità della presunta volontà del defunto, ci pare chiaro, che, secondo la natura delle cose, la legge la quale deve regolare la successione debba essere quella stessa, che deve regolare e tutelare i diritti della famiglia e sotto della quale civilmente vive ciascun individuo, vale a dire la legge dello Stato, al quale esso appartiene per cittadinanza.

Quando uno muore senza testamento la successione è regolata dalla legge, perchè essa si considera come il testamento presuntivo del defunto. Ciascun legislatore adotta a tale riguardo quei criteri di presunzione, che ad esso sembrano in armonia con le naturali tendenze dell'uomo considerato nei suoi rapporti con la famiglia. Deve conseguentemente ammettersi, che il sovrano territoriale non possa avere interesse di applicare in massima agli stranieri le leggi fatte per i propri cittadini, giustificando tale applicazione con la sola considerazione del trovarsi i beni ereditari nel territorio dello Stato. Se tutto deve dipendere dalla presunta volontà del proprietario, è più ragionevole, che fra le varie leggi sia preferita quella, che più direttamente può rivelare codesta volontà presunta, ed essa non può essere rivelata, che dalla legge dello Stato sotto la tutela della quale civilmente vive l'individuo, e la famiglia di lui.

Quale interesse ad esempio può avere la sovranità francese di applicare, in mancanza di testamento, ai Russi, agli Inglesi o agli Italiani le leggi della successione fatte per tutelare i diritti dei membri della famiglia francese e per regolare la trasmissione del patrimonio appartenente ad un francese? L'unico interesse suo si è quello di conservare e di tutelare il diritto sociale, e quindi d'impedire che la legge straniera, anche in quello che regola i rapporti successorii dei cittadini, abbia efficacia in Francia, se riconoscendo l'autorità di detta legge su i beni ivi situati, ne fosse offeso il diritto sociale francese. Noi ammettiamo

quindi, anche a riguardo delle leggi che devono regolare i diritti ed i rapporti derivanti dalla successione, che si devono considerare come leggi territoriali quelle, che mirano a tutelare il diritto sociale, ma non possiamo ammettere parimente, che debbano essere considerate tali quelle che regolano la successione nell'interesse privato dei successibili.

107. L'errore rispetto a questo soggetto consiste nel considerare tutte le disposizioni in materia di successione alla medesima stregua, e nel volere trovare in esse tutte il carattere della territorialità. Così il Duranton, ad esempio, seguendo l'idea di D'Aguesseau, ha insegnato che la legge, che stabilisce la riserva a profitto di certe persone è una *legge reale*, come quella che proibisce di alienare i beni dotali; dal che ha egli dedotto, che lo straniero deve avere sugli immobili ereditari situati in Francia la quota assegnata secondo la legge francese. Noi invece contrapponiamo, che la legge francese, fatta per regolare i rapporti patrimoniali delle famiglie francesi, non può essere applicata agli stranieri, perchè a tutelare gl'interessi ed i rapporti privati delle famiglie deve provvedere in massima la legge della patria di ciascuno, che solamente quando dal riconoscere la legge della patria derivasse in Francia l'offesa del diritto pubblico francese, o delle leggi d'ordine pubblico, allora e solamente allora potrà essere negata ogni efficacia alla legge straniera.

Così può dirsi delle leggi sulla trasmissione dei feudi, dei fidecommessi, delle sostituzioni, le quali non possono valere in uno Stato, che ha abolito completamente il regime ereditario feudale. Si dica lo stesso per quelle leggi, che stabiliscono un regime privilegiato di successione per le famiglie nobili, o che sanzionano il maiorascato e simili istituzioni. Tali leggi in verità non si possono rigorosamente denominare pure leggi di successione, col qual nome denotiamo le leggi, che si occupano di regolare nel modo più conveniente la trasmissione dei beni del defunto e la loro distribuzione tra i membri della famiglia, secondo i diritti dei membri stessi e la libera volontà espressa o tacita del defunto. Le leggi invece sulla trasmissione dei feudi, sui fidecommessi, sui maiorascati sono di natura mista: esse escludono la successione testamentaria, la divisione dei beni, i diritti

successorii della donna, ed hanno il carattere di leggi politiche ispirate dall'interesse particolare dello Stato, che le abbia sancite. Conseguentemente codeste leggi non possono avere autorità che entro i limiti territoriali, nei quali comanda la sovranità, dalla quale esse siano state emanate.

108. Le ragioni poi per le quali noi riteniamo, che la legge della successione debba essere quella della patria e non già quella del domicilio, sono quelle stesse già esposte innanzi, quando si trattò di determinare la legge, a cui ciascuna persona deve ritenersi soggetta, e gioverà tener conto di esse e delle riserve che furono fatte.

109. Da quanto abbiamo esposto fin ora risulta, che fra tutti i sistemi quello che meglio risponde al diritto razionale si è quello adottato dal legislatore italiano, e che si riassume nell'art. 8 delle disposizioni generali del Codice civile, che dice: « Le successioni legittime e testamentarie, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successori ed all'intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino ».

Giova sperare che i principii sanciti nel diritto nostro siano accettati da tutti gli Stati civili (1), e perchè siano più conformi al diritto razionale, e perchè conducono ad evitare molti inconvenienti e contraddizioni, che inevitabilmente si verificano nel sistema adottato negli altri paesi. Accade infatti nell'attuale ordinamento di cose, che quando un italiano venga a morire senza testamento, e lasci i suoi beni parte

(1) Considerando lo stato attuale delle legislazioni positive notiamo, che nel solo Codice sassone, § 17, si trova ammesso il principio della unità della legge regolatrice della successione, essendo disposto che questa debba essere retta dalla legge dell'ultimo domicilio del defunto. Savigny ha cercato pure di sostenere che le disposizioni del Codice prussiano non sono incompatibili con la teoria ch'egli sostiene dell'unità della successione.

Dobbiamo pure rammentare che in una sentenza del Supremo Tribunale di Madrid del 6 giugno 1873 (*Journal du droit international privé*, 1874, pag. 40) è ritenuto in principio che la legge nazionale del *de cujus* deve regolare la successione, avendo la detta Corte deciso, che la nullità di un testamento inofficioso dovea essere risoluta a norma della legge nazionale del defunto.

in Francia e parte in Austria, a cagione dell'applicarsi ivi la *lex rei sitae* per la successione immobiliare, può verificarsi il caso, che la vedova venga ad ottenere in un luogo la metà, in un altro la terza parte o meno ancora; e siccome l'eredità in ciascuno dei detti paesi è considerata dalle altre distinta, deve pure ammettersi, che l'erede chiamato possa accettare l'eredità in Italia ed in Francia e rinunciare quella in Austria, la quale anomalia vulnera la natura del diritto ereditario, che è un certo che d'individuale, come individuale è la persona del defunto, e come tale indivisibile.

Difficile riesce pure nel sistema che combattiamo il risolvere le quistioni relative all'equa ripartizione dei debiti ereditari, quando le persone chiamate a succedere sono diverse secondo i diversi paesi, e quando gl'immobili dati in garanzia esistono in paesi retti da statuti successorii diversi (1). Circa l'obbligo poi della collazione, e l'*jus accrescendi* si possono presentare serie difficoltà nel sistema contrario; quando i beni sieno situati in paesi retti da leggi diverse. Può accadere, per esempio, che mentre la legge del paese, in cui esiste una parte dei beni del defunto, riconosca il diritto di accrescere in vantaggio dei coeredi, la legge dell'altro paese, in cui esiste il resto dei beni, non attribuisca la porzione vacante per causa della rinunzia all'altro coerede, ma al parente più prossimo o per rappresentazione o per proprio diritto: ovvero dia ai creditori del rinunziante facoltà di accettare essi la porzione rinunciata in pregiudizio delle loro ragioni. In questi e simili casi l'accrescimento varrebbe soltanto per i beni esistenti in un paese e non per gli altri, e così rimarrebbe distrutta l'indivisibilità del diritto ereditario. Ma se dovunque esistano i beni del defunto formano nel loro insieme una sola unità giuridica, se giusta il Diritto romano *haeres et haereditas, tametsi duas appellationes recipiant, unius personae tamen vice funguntur*, la legge che deve regolare la successione dev'essere una sola, quella cioè dello Stato del quale il defunto era cittadino.

110. Nel sistema da noi esposto non si può fare nessuna differenza tra la successione immobiliare e quella mobiliare sotto il rispetto della

(1) Vedi Story, *Conflict of Laws*, § 487 e seg.

legge che deve regolare l'una e l'altra. Quasi tutti quelli, che hanno scritto intorno a ciò, pochi eccettuati, hanno ritenuto concordemente che si dovesse ammettere un ordine diverso di successione per le cose mobili, e che essa dovesse essere retta dalla legge del domicilio del defunto, sempre per il principio che le cose mobili accompagnano la persona del proprietario, e per giuridica finzione si devono considerare come esistenti nel suo domicilio. *Mobilia*, dice il Voet, *certum locum non habent, quia facile de loco in locum transferuntur, adeoque secundum loci statuta regulantur, ubi domicilium habuit defunctus* (1). Fœlix, Demangeat, Schaeffner, Story, Burge, Zaccaria, Rocco, Demolombe e molti altri tra i moderni hanno ammessa la stessa regola (2), e su di essa è basata la giurisprudenza dei tribunali dei vari paesi (3).

Zaccaria così si esprime: « L'opinione più generalmente ammessa nella pratica giudiziaria ritiene per norma, che la successione di uno straniero in quanto ai mobili corporali ed incorporali è regolata dalla legge del suo paese, e secondo questa deve pure determinarsi la quota disponibile relativamente ai mobili (4). La giurisprudenza poi ha largamente confermato tale principio.

Noi al contrario, avendo ammesso che l'eredità sia un'unità giuridica, un' *universitas juris*, è naturale, che non possiamo fare nessuna distinzione sotto il rispetto della legge ad essa applicabile, e che dobbiamo invece ritenere che unica dev' essere la legge che deve regolare l'ordine della successione e la misura dei diritti successorii tanto che il patrimonio sia composto di cose mobili quanto di cose immobili, di diritti o di crediti.

---

(1) P. Voet, *De statut.*, § 9, cap. I, n° 8.

(2) Fœlix, loc. cit.; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 337; Schaeffner, *Diritto privato intern.*, § 132, n° 2; Story, § 483; Burge, parte 2ª, ch. IV; Zaccaria, *Diritto civile;* Aubry e Rau, § 31 (n° 3, *e*) e le citazioni in nota; Rocco, *Diritto civile intern.*, parte 1ª, cap. XXI, Demolombe *Traité de la public. des lois*, n° 91.

(3) Cass. franc., 8 déc. 1840 (Wattelet) *Dev.*, 41, 1, 56; Cass. 12 déc. 1843 (De Bussingen) *Dev.*, 44, 1, 74. V. Story, § 448, 485, 489; Kames, *On equity*, lib. III, ch. VIII, § 3.

(4) Loc. cit., § 31, n° 3 *h*.

CAPITOLO V.

Della legge delle obbligazioni.

111. Nozioni generali.

111. Nel presente capitolo ci proponiamo di discorrere dei diritti che hanno per oggetto una prestazione, vale a dire l'adempimento di un'obbligazione. Essi presuppongono una persona, che è tenuta a consumare un fatto a profitto di un'altra persona, ed implicano una restrizione della libertà in favore di questa. Quantunque l'obbietto immediato del diritto non sia la persona obbligata, ma sibbene il fatto, che essa deve compiere, pur tuttavia, siccome tra la prestazione e l'obbligazione intercede lo stesso rapporto che tra l'effetto e la causa, così si può dire, che l'obbietto del diritto sia l'obbligazione, ed è per questo che alcuni denominano codesti diritti diritti di obbligazione, *jus obligationum*. Altri, considerando che tali diritti suppongono un rapporto fra due persone, cioè fra il creditore e il debitore, e che possono valere solo contro la persona obbligata, il denominano diritti personali per distinguerli dai diritti reali, che si esercitano su di una cosa corporale, astrazione fatta da qualunque persona.

Le fonti da cui possono derivare le obbligazioni sono enumerate nel diritto romano nel seguente modo: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. L'ultima specie comprende quelle che nascono dal quasi-contratto, dal quasi-delitto, e da una disposizione della legge.

Quelle che offrono la più vasta cerchia di controversie, e che meritano una speciale trattazione sotto il rispetto delle collisioni tra le leggi, cui possono essere sottoposte, sono le obbligazioni convenzionali. Può infatti accadere che le due persone obbligate, il creditore e il debitore, appartengano a paesi retti da leggi diverse: o che la legge, sotto cui divenne perfetta l'obbligazione, sia diversa da quella del luogo in cui ne sia stato destinato l'adempimento, o in cui il cre-

ditore voglia costringere il debitore alla prestazione: o che le forme esterne, quivi sufficienti al valore giuridico di un atto, siano altrove insufficienti, e che modifichino il *vinculum juris:* o che l'oggetto della convenzione sia una cosa immobile e che sorga questione sull'influenza che possa avere la *lex rei sitae,* e simili.

Noi ci occuperemo principalmente delle obbligazioni convenzionali, e di quelle che nascono dai delitti e dai quasi-delitti. A riguardo poi di tutte le altre obbligazioni che derivano dalle legge, gioverà di tener presente, che siccome esse dipendono dalla legge, a cui sono soggette la persona o la famiglia, o da quella del luogo in cui si trovano i beni (1), perciò bisognerà richiamare i principii esposti innanzi onde determinare la legge della persona o della famiglia, a fine di decidere a norma della medesima circa le obbligazioni legali le quali derivano dai rapporti di stato personale e di famiglia.

Esporremo tutta la materia in separati paragrafi.

§ 1°.

Della legge dell'obbligazione convenzionale.

112. Nel determinare la legge dell'obbligazione convenzionale bisogna tener conto dell'autonomia delle parti. — 113. Entro quali limiti può valere codesto principio. — 114. Non si può determinare facilmente in ogni cosa la legge alla quale le parti si sono riferite. — 115. Gravi difficoltà nel caso di obbligazioni contrattuali. — 116. Disparere tra i giuristi nel fissare il principio per risolverle. — 117. Come gli uni e gli altri invocano e spiegano i testi del diritto romano. — 118. Opinione nostra. — 119. Come essa sia fondata su quella dei giuristi antichi: Mevio, Voet Burgundio. — 120. Si oppugna la teoria di Story e di Savigny. — 121. Si conferma l'opinione sostenuta con la teoria di Rocco. — 122. Come la teoria trovi pure il sostegno della giurisprudenza.

112. Gioverà in generale di notare che l'obbligazione è un vincolo giuridico invisibile ed incorporale, e che nel determinare il rapporto

---

(1) Tali sono le obbligazioni che derivano dalla legge tra i proprietari dei fondi vicini richiamate a modo d'esempio dall'art. 1370 del Cod. civile francese.

di esso con la legge a cui deve rimanere soggetto non possono valere gli stessi principii esposti innanzi per determinare la legge che deve regolare lo stato personale ed i diritti reali. Per questi il rapporto immediato con la legge da cui devono dipendere trova un fondamento certo sul fatto della cittadinanza e della situazione della cosa, mentre l'obbligazione che deriva dal fatto volontario dell'uomo dipendendo da atti fuggevoli di volontà, non può essere localizzata nello spazio, e nel fissare il rapporto suo con l'una o con l'altra legge bisogna tener conto dell'autonomia delle parti.

Bisogna infatti osservare che le obbligazioni le quali derivano dal fatto volontario lecito dell'uomo risultano da due elementi, cioè dal fatto lecito e dalla legge, che, ritenendo o dichiarando quel fatto idoneo a far nascere il vincolo giuridico, attribuisce al creditore il diritto di esigere che il debitore dia, faccia o presti, e al debitore impone il corrispondente dovere giuridico di dare, fare o prestare. Ora, siccome la persona, che ne abbia la capacità a norma della sua legge personale, può fare atti nei limiti di codesta sua capacità in qualunque paese, ne segue che, la soggezione alla legge, da cui il rapporto obbligatorio deriva, debba dipendere dall'autonomia delle parti.

In massima bisogna quindi ammettere che, salvo sempre quanto concerne la capacità della persona a porre con efficacia giuridica il fatto acquisitivo, il vincolo giuridico, nato in conseguenza di esso, debba dipendere dalla legge imperante nel luogo, in cui sia stato posto, perchè in generale si deve presumere, che a codesta legge si siano sottomessi tanto il creditore quanto il debitore.

Quando infatti non sia stato dichiarato espressamente di volere preferire la legge del luogo dell'esecuzione o quella del domicilio del debitore o del creditore, o la preferenza non risulti dalle circostanze in modo certo, si deve ragionevolmente presumere, che le parti si siano riferite alla legge vigente nel luogo ove da esse sia stato posto il fatto idoneo a far nascere il vincolo giuridico.

Non può al certo essere negato alle parti di assoggettarsi con dichiarazione espressa all'una piuttostochè all'altra legge entro quei limiti, che siano nel campo della loro autonomia. Questo dipende, da che in materia di obbligazioni la legge non esercita la sua autorità

assoluta, come essa fa pei rapporti, che derivano dallo stato della persona, dalle relazioni di famiglia e dalla situazione delle cose, poichè essa invece, lasciando in facoltà delle parti, che si obbligano, di regolare a volontà gli effetti dell'obbligazione assunta, interviene solo per completare quello che non sia stato da esse espressamente stabilito. Conseguentemente essa diventa parte integrante del fatto acquisitivo, perchè in mancanza di manifesta volontà fissa la natura e l'estensione dell'obbligazione, e le conseguenze e gli effetti della medesima. Riesce quindi chiaro, che le parti possono riferirsi all'una o all'altra legge, a fine d'integrare quello che non sia stato da esse manifestamente espresso, nella quale ipotesi tutto deve dipendere dalla legge indicata dalle parti stesse nell'obbligarsi.

113. Bene inteso però che l'esposta regola debba essere sempre subordinata all'eccezione di non offendere le leggi di ordine pubblico vigenti nel luogo ove il fatto acquisitivo sia destinato ad avere efficacia. *Ne aliquid in aliena civitate fiat contra civitatis mores, leges, institutiones ejusmodi, quae ad immutanda prorsus nihil valet privatorum arbitrium* (1).

Se ogni volta che le persone appartenenti a diversa patria, contrattando ed obbligandosi, dichiarassero espressamente di essersi riferite a questa o a quella legge, o se la determinazione della legge, alla quale dovrebbe ritenersi soggetta l'obbligazione da esse assunta, risultasse dalle circostanze in modo, che dovesse essere escluso completamente qualunque dubbio rapporto all'essersi le medesime sottomesse ad una data legge, ogni difficoltà potrebbe essere eliminata; sovente però manca l'una cosa e l'altra, e fa di mestieri di desumere dalle circostanze e dai fatti, in mezzo ai quali l'obbligazione abbia avuto origine, quale sia la legge alla quale l'obbligazione stessa, e i rapporti e gli effetti che da essa derivano, debbano essere ritenuti soggetti. Occorre quindi di analizzare il negozio giuridico nei suoi elementi, onde determinare la legge che deve regolare i rapporti, che da esso derivano. Può infatti accadere che il rapporto obbligatorio sia stato la conseguenza di atti successivi posti sotto l'impero di leggi diverse, nella

---

(1) MUHLENBRUCH, *Doctrina Pandect.*, § 73.

quale ipotesi è indispensabile di fissare il momento ed il luogo in cui il fatto acquisitivo, idoneo a far nascere il vincolo giuridico, sia divenuto perfetto, e di determinare poi la legge, che deve regolare l'obbligazione e le conseguenze giuridiche di essa.

Può inoltre accadere, che al fatto acquisitivo originario se ne sia aggiunto un altro nuovo avvenuto in conseguenza dello svolgimento dei rapporti da codesto fatto originario creati, nel qual caso è indispensabile di decidere, se il fatto nuovo debba essere considerato come distinto e separato, e quindi come una cosa a sè sotto l'impero della legge del luogo in cui esso sia avvenuto, o se debba invece essere considerato come connesso col fatto originario e retto dalla stessa legge.

Si aggiunga poi che siccome il rapporto tra l'obbligazione e la legge dipende dall'autonomia delle parti, così quando manca la dichiarazione espressa fa di mestiere di fondarsi sulle presunzioni, cioè di desumere dalle circostanze e dai fatti, in mezzo ai quali l'obbligazione sia nata, quale sia la legge alla quale presuntivamente le parti abbiano inteso di sottomettersi per quello che abbia potuto concernere l'obbligazione stessa e le conseguenze giuridiche della medesima.

114. Tutte codeste difficoltà diventano ancor più gravi nel caso di obbligazioni dipendenti da convenzioni, imperocchè, a cagione del poter essere il luogo, in cui il contratto sia stato fatto, diverso da quello in cui si debba verificare il suo adempimento, possa sorgere il dubbio circa la legge, che debba regolarne la validità, la natura e la sostanza, e quella che debba regolarne l'esecuzione. Queste difficoltà non sorgono a riguardo delle obbligazioni assunte con atto unilaterale, essendochè si debba ragionevolmente presumere, che l'autore dell'atto, in qualunque luogo lo abbia fatto, si sia riferito alla legge della sua patria.

La medesima presunzione può ragionevolmente ammettersi nell'ipotesi, che il debitore ed il creditore siano cittadini della stessa patria, o domiciliati nello stesso paese. È infatti secondo ragione il presumere, che essi abbiano amato meglio di riferirsi alla legge della loro patria o a quella del loro domicilio noto ad entrambi, piuttostochè a quella del luogo nel quale l'atto sia stato stipulato, la quale poteva essere ad ambedue ignota. *Si inter duos*, dice Erzio, *celebratur, verbi*

gratia, pactum, et uterque paviscens sit externus, et unius civitatis civis, dubitandum non est actum a talibus secundum leges patriae factum in patria valere (1).

Quando i contraenti siano stranieri e non domiciliati nello stesso paese, il principale dubbio che può nascere si è questo se cioè la legge che deve regolare i rapporti contrattuali debba essere quella del luogo ove il contratto sia stato stipulato, o quella del luogo ove esso debba avere esecuzione.

115. Nel risolvere tale controversia sono discordi i giuristi. Alcuni, considerando che l'esecuzione appartenga all'essenza dell'obbligazione, opinano, che tutto debba dipendere dalla legge del luogo destinato per l'adempimento del contratto. Altri invece sono d'opinione, che la legge del luogo designato per l'esecuzione del contratto possa avere autorità, onde determinare la competenza dei tribunali a fine di rendere giudicialmente efficace l'obbligazione, e per quanto può concernere il modo di adempiere alla convenzione o che possa riguardare i mezzi per costringere il debitore ad adempiervi, ma che non possa esercitare influenza sull'obbligazione, la quale deve unicamente dipendere dalla legge del luogo, in cui l'atto sia stato stipulato, perchè è più vero-

---

(1) Hertius, *De collisione legum*, n. 10.

Questo principio è sanzionato dal Codice civile italiano, art. 9, Disposiz. prelim.; Codice prussiano, Introduz. gener., § 35; Codice austriaco, § 4. Confr. Massé, *Droit comm.*, n. 571; Fœlix, *Droit international privé* n. 83, 96, 101; Voet, *De stat.*, n. 15; Legge alemanna sulla cambiale, art. 85.

La legge italiana per quello che si riferisce alla materia che esaminiamo dispone nel seguente modo:

Art. 9. *Disposizioni generali.* « La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengano alla stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà ».

Con tale disposizione il legislatore italiano ha fatto salva in ogni caso la dimostrazione delle parti obbligate di essersi riferite ad una legge diversa da quella che esso designa. In conseguenza spetta al magistrato di analizzare l'obbligazione in rapporto alle circostanze, onde ammettere od escludere l'applicazione della legge, alla quale la parte sostiene che debba essere sottoposta l'obbligazione.

simile che ivi le parti abbiano prese le informazioni circa il valore giuridico dell'atto, e che a quella legge abbiano voluto riferirsi.

116. I testi del diritto romano che codesti giuristi invocano a sostegno della loro dottrina sono i seguenti, diversamente interpretati dagli uni e dagli altri. *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit* (1). — *Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est, ubi domicilium habet, aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia* (2). — *Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet* (3). — ..... *uniuscujusque enim contractus initium spectandum est et causam* (4).

Gli uni dicono, che i due primi testi devono valere non solo per determinare la giurisdizione, ma per determinare altresì la sede dell'obbligazione ed il diritto locale, che deve regolarla. Gli altri invece opinano, che i primi due servano a determinare la giurisdizione, ma che per la legge, cui l'obbligazione è di per sè stessa sottoposta, si debba tener conto del luogo in cui sia intervenuto l'atto obbligatorio, *in quo negotium gestum est*.

117. Ma, a parer nostro, tanto l'una quanto l'altra opinione non si possono ammettere esclusivamente. L'obbligazione infatti è un vincolo giuridico fra due o più persone determinate, in virtù del quale l'una può costringere l'altra a dare, fare o prestare qualche cosa. *Obligatio est juris vinculum inter debitorem et creditorem, quo vel ad dandum, vel ad faciendum, vel ad praestandum alter alteri obstringitur* (5).

Ogni obbligazione suppone dunque

a) un vincolo giuridico, che lega necessariamente il debitore rispetto al creditore (e da cui deriva, il diritto che il creditore ha di

---

(1) L. 21, Dig. *De obligat. et act.* (XLIV, 7).
(2) L. 1, 2, 3, Dig. *De reb. auct. judic.* (XLII, 5).
(3) L. 6, *De evict.*, Dig. (XXI, 2).
(4) L. 8, pr. *Mandati*, Dig. (XVII, 1).
(5) MUHLENBRUCH, *Doctrina Pandect.*, § 323; L. 3 p., Dig. *De oblig.* (XLIV 7).

esigere che il debitore dia, faccia o presti); ed il dovere giuridico corrispondente del debitore, di dare, fare o prestare.

b) un fatto riducibile in valore pecuniario, che è l'obbietto del vincolo giuridico.

Nelle obbligazioni nascenti da convenzione il *vinculum juris*, che lega (1) il debitore ed il creditore, si stabilisce colla riunione del loro consenso: *duorum pluriumve in idem placitum consensus.* Ora, la legge del luogo, in cui si verificò la riunione del consenso di due o più persone intese a costituire, a regolare o a sciogliere un rapporto giuridico fra di loro, è quella, che deve regolare l'obbligazione.

Dal *vinculum juris* è necessario ben distinguere l'*onus conventionis* e le conseguenze giuridiche relative. La mancanza di tale distinzione ha indotto in errore molti giuristi, i quali hanno stabilito come regola, che quando l'obbligazione debba essere eseguita altrove, deve essere regolata dalla legge del luogo, in cui ne fu fissato l'adempimento. Questo però non si può affermare nella precisione del linguaggio giuridico. È vero, che la parola obbligazione trovasi adoperata in molti significati anche nei testi romani, e tra gli altri anche per denotare il fatto che serve di fondamento al vincolo giuridico (2), ma tuttavia è indispensabile il distinguere l'una e l'altra cosa, e perciò devesi porre come secondo principio fondamentale, che la legge del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempita (se questo è diverso da quello in cui l'obbligazione sia stata contratta), deve regolare il modo di adempimento. Dei testi quindi del diritto romano già citati, i primi due si possono applicare all'*onus conventionis;* gli altri due al *vinculum juris*.

118. Questa nostra opinione, che trova un valido sostegno nella teoria sostenuta da Fœlix, da Pardessus, da Demangeat, da Zaccaria, da Rocco, da Demolombe (3), è fondata sulla dottrina dei giureconsulti antichi.

---

(1) Gli antichi Romani in luogo della voce *obligatio*, introdotta nell'epoca classica, adoperavano la parola *nexus* o *nexum*, che deriva da *nectere*, annodare.

(2) L. 19, D., *De verbor. signif.* (L. 16); L. 1, § 3, D. *De pactis* (II, 14).

(3) Fœlix, op. cit., n° 98; Pardessus, *Droit. comm.*, n. 1495; Deman-

119. Maevius così si esprime in proposito: *Forenses servare teneri statuta et consuetudines loci, ubi aliquid agunt, et contrahunt, ad validitatem actus seu contractus: statutum enim actus seu contractus semper attenditur, cui disponentes, vel contrahentes se obligare et conformare voluisse censetur* (1).

E poco dopo soggiunge: *Cave autem in hac materia, confundas actuum solemnia nec non et effectus ab ipsis causatos cum* EORUM ONERE *et accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur, sed non ex ipsis contractibus est. Id, dum multi non discernunt forenses, maxime laedunt et gravantur* (2).

Molto opportuna è l'autorità di Paolo Voet, il quale così si esprime: *Quod, si de ipso contractu quaeratur, seu de natura ipsius, seu de iis quae ex natura contractus veniunt, puta fidejussione, etc., etiam spectandum est loci statutum ubi* CONTRACTUS CELEBRATUR, *quod ei contrahentes semet accordare praesumantur* (3), e appresso poi soggiunge: *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus, in quem destinata est solutio: id quod ad modum, mensuram, usuras, etc., negligentiam, moram post contractuum initium accedentem referendum est* (4).

Ed il Burgundio ...*qui in aliena provincia paciscitur non credendus est esse consuetudinis ignarus: sed id quod palam verbis non exprimit, ad interpretationem legum se referre, atque idem velle et intendere quod lex ipsa velit* (5). Lo stesso scrittore poi discorrendo dei contratti fatti in un luogo ed eseguibili in un altro conchiude: *Igitur, ut paucis absolvam, quoties de vinculo obligationis, vel de ejus interpretatione quaeritur, veluti quod et in quantum obliget, quid sententiae stipulationis inesse quid abesse credi opor-*

GEAT, *Cond. des étrang.*, p. 354; ZACCARIA, *Dr. civ.*, n° 98; Rocco, parte 3ª, cap. VII; DEMOLOMBE, t. I, n° 105.

(1) MAEVIUS, *Ad Jus Lubecense, Quaest prel.* 4, n° 11, 13, 14, pag. 22.

(2) Id., id., n° 18.

(3) P. VOET, *De stat.*, § 9, cap. II, § 10.

(4) Id., id., Confr. ÉMERIGON, *Traité des assurances;* CASAREGIS, *Discursus legales*, 179.

(5) BURGUNDUS, *Tract.* 4, n° 8, pag. 105.

teat; item in omnibus actionibus et ambiguitatibus, quae inde oriuntur, primum quidem id sequemur quod actum est, et si non appareat, quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione qua actum est frequentatur (1). E appresso soggiunge: *Ea vero quae ad complementum vel executionem contractus spectant, vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio* (2).

120. Appoggiati all'autorità dei citati scrittori e alle ragioni surriferite, non accettiamo l'opinione di coloro, i quali senza distinguere ammettono come regola generale, che quando il luogo dell'esecuzione del contratto sia diverso da quello della sua stipulazione, tutto debba dipendere dalla legge del paese destinato per l'adempimento del medesimo. Così la pensa lo Story, il quale dice, che qualora il contratto debba essere eseguito in altro luogo per volontà espressa o tacita delle parti, si deve ammettere, secondo la presunta volontà dei contraenti, che esso debba dipendere per la validità, per la capacità ad obbligarsi e per la interpretazione, dalla legge del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempita. E così la pensa pure il Savigny, il quale per determinare la legge che regola l'obbligazione applica gli stessi principii da esso applicati per determinare la giurisdizione, ed ammette come prima regola, che quando vi sia un luogo fissato, nel quale l'obbligazione debba essere adempiuta, sia da questo, che debba essere determinato il diritto locale, a cui l'obbligazione è soggetta (3).

Questa dottrina fu sostenuta per il primo dal Molineo (4).

Non vogliamo però diffonderci nel discutere come debba essere interpretata l'opinione di Molineo, e degli altri giuristi medio-evali, e nel dimostrare come l'opinione da noi sostenuta trovi un valido e fermo sostegno nella teoria bene interpretata dai giuristi antichi. Gli studii fatti nelle loro opere ci hanno reso convinti come lo siamo

---

(1) Burgundus, *Tract.*, 4, n° 7.

(2) Id. id., n[i] 10 e 29.

(3) Story, *Conflict of Law*, § 280; Savigny, *Traité du droit romain*, vol. VIII, § 372.

(4) Molineus, *Comm. al Cod.*, lib. I, tit. I; *Conclus. de statut.*, t. III pag. 554.

dopo accurate ricerche, che tutto quello che è stato detto circa l'influenza che può avere sul contratto la legge del luogo in cui l'obbligazione dev'essere eseguita, si debba intendere colla distinzione fatta più sopra e non nel modo come l'intendono lo Story e i seguaci di lui. A nostro avviso è indubitato che le condizioni essenziali all'esistenza delle obbligazioni e necessarie alla loro validità devono dipendere dalla legge del luogo, in cui le parti si siano obbligate.

121. E in questa opinione conviene pure il Rocco. « Quand'anche, dice egli, la convenzione fatta nel regno si dovesse mandare ad effetto in territorio straniero, e vi fosse qualche diversità riguardo ai requisiti da cui risulta l'intrinseca e sostanziale validità dei contratti, è sempre la legge nostra quella che deve decidere. Se nel regno si faccia un contratto di compra o vendita di alcune merci, che si trovano nella Svizzera, e vi fosse una diversità nei due Stati circa la causa dell'obbligazione, e circa le cause che possono viziare il consenso, e circa la prova e l'autenticazione di una volontà liberamente manifestata, il contratto valido secondo le nostre leggi avrà forza nella Svizzera, e il venditore sarà tenuto a consegnare ivi le merci, quantunque niun effetto avrebbe il contratto, se per avventura fosse stato fatto nella Svizzera. La ragione si è, perchè nel luogo, in cui l'atto divenne perfetto, si presume, che le parti abbiano prese tutte le informazioni per conoscere la natura e l'estensione dell'obbligazione reciproca (1) ».

Stando dunque all'esempio riferito, tutto ciò, che concerne il modo dell'adempimento, dovrebbe essere regolato dalla legge svizzera, e quindi la tradizione della cosa, il pagamento, la messa in mora, e le conseguenze, che da quest'ultima derivano, in quanto ai rischi ed ai pericoli della cosa, ed ai danni ed interessi. Nella stessa guisa, che per una cambiale creata in Italia e pagabile in paese straniero è secondo la legge del luogo, in cui la lettera di cambio deve essere pagata, che si deve determinare la dilazione entro cui il portatore deve dimandare l'accettazione: e i giorni di grazia, se sono ammessi, ed il carattere di tale dilazione, secondochè sono in favore del debi-

(1) Rocco, parte 3ª, cap. VII.

tore o del creditore: e tutto ciò che si riferisce al modo di dare, fare e prestare quello cui il debitore è obbligato. A queste ed altre simili questioni deve applicarsi il testo del diritto romano *contraxisse unusquisque eo loco intelligitur, quo ut solveret se obligavit.* Ma per gli obblighi del traente, sia esso italiano o straniero residente in Italia; per la sua solidarietà e per le condizioni necessarie alla validità del contratto di cambio, si deve applicare la legge nostra non quella del paese straniero, in cui la lettera di cambio dev'essere pagata. Per le quali questioni e altre simili deve invece applicarsi l'altro testo, *uniuscuiusque enim contractus initium spectandum est et causa.*

122. La teoria da noi esposta trova un efficace appoggio nella giurisprudenza, la quale ha ritenuto, che la validità, la natura e la estensione dell'obbligazione derivante da un contratto tra stranieri debbano dipendere dalla *lex loci contractus.*

Fu infatti giudicato, che un contratto di assicurazione fatto in Francia per mercanzie caricate in un porto straniero, a bordo di nave straniera, e destinate ad un porto straniero, dovesse esser retto dalla legge francese (1). Che secondo la legge del paese, in cui fosse stato fatto il contratto d'assicurazione, si dovesse determinare l'estensione dell'obbligazione, rispetto ai casi e alle condizioni nelle quali l'assicuratore sarebbe tenuto al risarcimento dei danni e interessi (2), e secondo la stessa legge si dovesse decidere altresì se la merce caricata sopra coperta dovesse essere esclusa nel regolamento di avarie in caso di getto (3).

Per un contratto di trasporto fra un Francese ed una Compagnia inglese fatto in un possedimento inglese, la Cassazione ritenne che la responsabilità della Compagnia nel caso di perdita del bagaglio dovesse apprezzarsi secondo la legge inglese (4).

---

(1) Rouen, 7 juin 186 (Langstaff), *J. de Mars.*, 34, 2, 148. — Cfr. Cass. Fr., 1 fév. 1862 (Assureur c. Vasquez), *J. de Mars.*, 1862, 2, 145.

(2) Marseille, 4 août 1852 (Battle c. Gaillard), *J. de Mars.*, 31, 1, 197, e 18 oct. 1831 (Seren), *J. de Mars.*, 13, 1, 28.

(3) Marseille, 4 août cit.

(4) Cass. Fr., 23 fév. 1864 (Comp. péninsulaire de Londres), *Pal.* 1864, 225. — Confr. Cass. Fr., 26 mars 1860 (Chemin de fer d'Orléans), *Pal.*, 61,

Per un contratto di prestito ad interesse la stessa Cassazione decise che, se esso fosse stato stipulato in paese straniero e ad una ragione superiore a quella permessa dalla legge francese, la convenzione valida secondo la *lex loci contractus* dovesse essere efficace in Francia (1).

Per un contratto di noleggio fu deciso, nel caso di una nave noleggiata a Marsiglia ad una casa di Amburgo, che al sensale era dovuta la senseria secondo l'uso di Marsiglia e non secondo quello di Amburgo, benchè esso ne avesse adoperato in quest'ultimo luogo un altro per trattare con codesta casa (2).

Solamente se i contraenti fossero stranieri e cittadini della stessa patria, è stato detto che il contratto da essi fatto potrebbe essere valutato secondo le leggi della loro patria (3).

Che poi ciò, che attiene all'esecuzione del contratto, debba essere regolato dalla legge del paese, in cui deve essere eseguito, fu ritenuto anche nel caso di un contratto fatto in Francia tra Francesi, ma eseguibili in paese straniero, non ostante che intorno ad esso si discutesse dinanzi ai magistrati francesi (4).

L'applicazione di queste due massime non ha modificata la regola che la persona e le cose sono sempre rette dalla legge, cui esse sono soggette, e quindi, benchè il contratto di assicurazione sia stato valutato secondo la legge del paese, in cui fu fatto, per decidere se il capitano era tenuto a far visitare la nave, e se la mancanza di certi certificati a bordo poteva far perdere il diritto al regolamento di avarie, si tenne conto soltanto della legge nazionale della nave (5) e la Corte

---

715. — Cass. Fr., 9 juillet 1872 (Comp. de Lyon), *Dal.* 1872, 1, 224. — Cass., 5 fév. 1863 (Delattre), *Pal.*, 1872, 238. — Cass. Napoli, 28 giugno 1871 (Jesu), *Gazz. Proc.* 1871-72, 367.

(1) Cass. 10 juin 1857 (Diab), *Pas.* 1859, 1, 501. — Bastia, 19 mars 1866 (Crose), *Pal.*, 1866, 940.

(2) Marseille, 10 déc. 1860 (Aubert), *J. de Mars.* 1861, 11, 3.

(3) Alger, 18 août 1848 (Haffner), *J. de Mars.*, 28, 2, 75. — Napoli, Trib. Comm., 19 giugno 1872 (Borrel) *Gazz. Proc.* 1872-73, 394.

(4) Marseille, 29 sept. 1864 (Agelasto), *J. de Mars.*, 1864, 1, 276.

(5) Bordeaux, 6 mai 1861 e Cass. Fr., 1 fév. 1862 (Assureurs c. Vasquez), *J. de Mars.*, 1862, 2, 3 e 145.

di Cassazione di Milano a proposito di una vendita d'immobili decise, che le quistioni circa la commerciabilità delle cose immobili e su altri punti concernenti la condizione giuridica delle stesse, doveano essere risolute in conformità della *lex rei sitae*, e la quistione circa la validità o invalidità della vendita per la mancanza di autorizzazione maritale in conformità della legge personale (1).

§ 2°.

Del luogo in cui deve ritenersi perfezionato il contratto e di quello in cui deve ritenersi fissata la esecuzione di esso.

123. Difficoltà che possono nascere nel determinare il luogo in cui il contratto sia stato perfezionato. — 124. Opinioni diverse dei giuristi circa il tempo e il luogo ove si debba ritenere perfezionato il contratto per corrispondenza. — 125. È pure discorde la giurisprudenza. — 126. Soluzione della questione secondo la legge italiana. — 127. Opinione da noi sostenuta. — 128. Quando e dove debba ritenersi perfezionato il contratto fatto per mezzo d'intermediario. — 129. Mandato dato per lettera. — 130. Della legge alla quale si deve ritenere soggetto il mandato. — 131. Dei contratti fatti in un luogo e ratificati in un altro. — 132. Della ratifica dei contratti originariamente nulli. — 133. Dei contratti fatti da commessi viaggiatori. — 134. Dei contratti condizionati. — 135. Delle obbligazioni derivanti da atti fatti in diverse località. — 136. Come si possono risolvere i dubbi a riguardo del luogo destinato per l'esecuzione dell'obbligazione. — 137. Dell'adempimento dell'obbligo di rimettere una merce a destinazione, opinioni diverse. — 138. Soluzione data alla questione dalla giurisprudenza. — 139. Opinione che ci sembra preferibile. — 140. Giurisprudenza dei tribunali americani.

123. Le regole da noi esposte nel paragrafo precedente potrebbero essere sufficienti se si potesse determinare in ogni caso con certezza il luogo in cui si dovesse ritenere perfezionato il contratto, e quello destinato per la sua esecuzione. Può invece accadere che il dubbio nasca nel determinare precisamente l'una cosa e l'altra.

A riguardo del luogo in cui si deve ritenere perfezionato il contratto la difficoltà può sorgere nel caso di contratto fatto per lettere

(1) Cass. Milano, 17 maggio 1867 (F. di Nasser), *Monit.*, 1867 466.

o per telegrammi, o fatto per mezzo d'intermediari o concluso mediante atti successivi compiuti in paesi diversi; o fatti in un paese e ratificati in un altro.

124. Disputano tuttora i giuristi circa il tempo ed il luogo ove si debba ritenere perfezionato il contratto per corrispondenza, se cioè il rapporto giuridico contrattuale debba ritenersi nato e perfetto nel luogo e nel momento in cui sia accettata l'offerta, o se invece debba a ciò reputarsi necessario, che l'accettazione arrivi nel luogo da cui partì l'offerta, e che sia conosciuto dal proponente.

Savigny opina, che il contratto per corrispondenza si debba considerare fatto nel luogo in cui sia stata ricevuta ed accettata l'offerta (1). Questa è pure l'opinione dello Struvio, del cardinale De Luca, del Casaregi, di Zaccaria e di altri stimabili scrittori (2).

Il Casaregi pone l'esempio di un negoziante di Genova che scrivesse al suo corrispondente di Venezia per offrirgli la merce, e opina che, se l'offerta fosse accettata, il contratto si dovesse considerare compiuto a Venezia, perchè ivi il consenso del compratore e quello del venditore si sarebbero uniti, come se per finzione il venditore fosse stato ivi presente: *quia fingitur medio litterarum esse Venetiis praesens, ibique venditionem mercium cum veneto concludere.*

Zaccaria arriva alla stessa conclusione. « Ogni contratto, dice egli, esige essenzialmente il concorso di due o più dichiarazioni di volontà, le quali si manifestano da un lato con l'offerta e dall'altro con l'accettazione. Non è necessario che l'accettazione venga immediatamente dopo l'offerta, essa può aver luogo in un intervallo di tempo più o meno lungo, ma quando l'accettazione ha luogo, il contratto non si rende perfetto nel momento in cui essa viene a conoscenza di colui che ha fatto l'offerta, ma dal momento in cui l'offerta sia stata accettata » (3).

---

(1) Savigny, op. cit., vol. VIII, p. 254; Struvius, *Exerc. ad Pandect.*, ex. 11.

(2) De Luca, *De credito discur.*, 51, n° 6; Casaregi, *Discursus legales de commercio*, Diss. 179, n° 1.

(3) Zaccaria, *Diritto civile*, § 343; Aubry e Rau, not. 3.

Al contrario Mühlenbruch, Merlin, Toullier, Troplong, Rocco ed altri manifestano l'opinione contraria, e si fondano sulla considerazione che l'accettazione sia come un *propositum in mente retentum*, finchè l'autore dell'offerta non ne abbia contezza. *Nec si per literas alteri ab altero conditiones propositae sunt, ante est perfecta conventio, quam acceptio facta in notitiam pervenit ejus, qui obtulit conditionem* (1).

Il Merlin, il Troplong ed il Toullier osservano, che chi fece l'offerta può ritrattarla, finchè non gli arrivi la lettera, che contenga l'accettazione, che non vi può essere vincolo giuridico obbligatorio senza il concorso di due volontà e che non si può dire attuato il concorso delle due volontà, se la volontà dell'accettante non sia cognita al proponente.

125. La giurisprudenza è pure varia e discorde (2).

126. Nella legislazione italiana ogni questione è eliminata, essendochè il nostro legislatore, volendo dare ai tribunali una norma costante

---

(1) MUHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, § 331; MERLIN, *Répertoire*, v. *Vente*, § 1, art. 3, n. 11; Toullier, VI, 29; TROPLONG, *De la vente*, t. I, nº 22; PARDESSUS, *Droit comm.*, nº 250; MASSÉ, *Droit comm.*, nº 578; Rocco, parte 3ª, cap. 16; SCUPFER, *Obbligazioni*, p. 117.

(2) Hanno ritenuto perfetto il contratto nel luogo, in cui perviene l'accettazione: Genova, 3 marzo 1863 (Pivado), *Monit.* 1863, 839. — Torino, 22 maggio 1866 (Bersamino), CAVERI, 6, 2, 60. — Torino, 28 dicembre 1867 (Suecur), CAV., 7, 2, 254. — Torino, 12 aprile 1862 (Schwars), CAVERI, 2, 2, 107. — Genova, 21 luglio 1862 (Goldaniga), CAVERI, 2, 2, 250. — Cass. Torino, 22 dicembre 1871 (Petrini), *Monitore* 1872, 36. — Genova, 27 febb. 1871 (Fassina Ulrico), BETTINI, 1871, 2, 132. — Napoli, 15 dic. 1873 (Borenther), *Gazz. Proc.* 73, 74, 594. Hanno adottata l'opinione contraria: Trib. di Torino, 15 gen. 1861 (Balmida), CAV. 1, 2, 236. — Trib. Comm. Genova, 5 giugno 1865 (Celle), CAX. 5, 2, 168, e 24 agosto 1865 (Bucchetti), CAV., 5, 2, 248. — Cassaz. Firenze, 30 giugno 1863 (Jobst), *Gazz. Proc.*, 1873, 497. — C. Ap. di Napoli, 16 dic. 1867 (Botschild), *Gazz. Proc.* 1868, 286. — Aix, 14 mai 1872 (Delelain), *Journ. de Mars*, 33, 4, 66. — Marseille, 23 mai 1872 (Gibelin, *J. de Mars.*, 62, 1, 172. — Vedi la sentenza inglese *(King's Bench)* riportata nella *Revue de Dr. Fr.*, t. XI, p. 690. — Le sentenze dei tribunali tedeschi riportate da LITTEN, *Quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videatur*. — La sentenza della Rota Romana in causa *Berthe* del 4 settembre 1843, e altre moltissime.

per giudicare, ha sanzionato come massima nel Codice di commercio, che il contratto per corrispondenza si debba ritenere perfezionato nel luogo, da cui sia partita l'offerta, quando ivi pervenga l'accettazione.

127. Volendo risolvere la questione coi principii del diritto osserviamo, che il contratto per corrispondenza non può essere in tutto conforme a quello concluso tra i presenti, perchè, non potendosi avere la simultanea istantanea unione dei due consensi in maniera che essa sia oggettiva e soggettiva, non si può evitare di ammettere una finzione giuridica. Ora a noi pare, che sia più razionale di scegliere quel modo di vedere, che è più in armonia coi principii del diritto: colla tradizione scientifica: colla rapidità e certezza con cui vanno risolute le contrattazioni commerciali: e che elimina gli equivoci. Tale ci sembra l'opinione che sostiene, che il contratto sia perfetto nel luogo in cui si verifichi l'accettazione. Appena alla volontà del proponente, che estrinsecata in una lettera acquistò esistenza giuridica esteriore e perdurante, si unisce la volontà dell'accettante, manifestata in modo che acquisti esistenza esteriore e per sè stante, l'obbligazione reciproca deve ritenersi perfetta, e il contratto definitivamente concluso. L'argomento certamente valutabilissimo del Mancini, che a rendere perfetto il contratto non basti l'esistenza delle due volontà concordi, ma sia necessaria la conoscenza reciproca, perchè nessuno può essere obbligato se non ne ha coscienza, non vale a farci accettare l'opinione dei contrarii. La conoscenza reciproca simultanea nel contratto per corrispondenza, così come si ha nel contratto tra i presenti, è impossibile, ed è perciò che dicevamo, che è inevitabile una finzione giuridica. Come si potrebbe ottenere il *consenso* concorde, simultaneo, obbiettivo e subbiettivo, così come si ottiene, quando uno parla e l'altro ascolta e risponde? Potranno gli avversari dire che tutto si ottiene, quando la lettera di accettazione arrivi alla casa del proponente? e se questi non la leggesse subito, e se fosse assente? e se si potesse provare che non la poteva leggere? Essi ammettono in questo caso una finzione giuridica per evitare gli assurdi, e noi loro diciamo: se in conclusione una finzione giuridica è inevitabile, perchè moltiplicare gli equivoci e le liti?

La lettera del proponente è la manifestazione esteriore giuridica

e perdurante della volontà dello stesso, se non sia stata revocata prima dell'accettazione. Se il corrispondente accetti in tempo debito l'offerta, e in modo che il *propositum in mente retentum* acquisti una esistenza esteriore, effettiva e indipendente, il *vinculum juris*, l'ente giuridico, il contratto, diventa perfetto, efficace e non può essere dichiarato nullo. Questa opinione ci sembra solo sostenibile, se si eliminano tutte le tergiversazioni e le concessioni, che fanno nascere gli equivoci. Se la perfezione del contratto è legalmente stabilita nel momento, in cui è accettata la proposta, lo si deve considerare efficace e definitivamente concluso, e ritenere che nè la revoca del consenso, nè la morte, nè la incapacità sopravvenuta possono valere ad annullare un ente giuridico perfetto. Il proponente è padrone della sua proposta, finchè non sia accettata, e quando propone sa, che, se il corrispondente accetta, egli è obbligato, e il corrispondente è padrone della sua volontà, finchè non manifesti il suo consenso in una forma estrinseca, esteriore, che acquisti esistenza indipendente e per sè stante. Appena egli *si sarà espropriato del materiale* (vuoi lettera, telegramma o simili) che è la rappresentazione giuridica, effettiva, per sè stante, del suo consenso, non può più revocare, non può più distruggere con un pentimento, per quanto sollecito sempre però tardivo, quello che diventò perfetto (1).

I temperamenti di equità, coi quali si è voluto giustificare da alcuni la facoltà concessa all'accettante di revocare l'accettazione prima che questa arrivi al proponente, non sono, in ultima analisi, che una vera contradizione. O l'ente giuridico, che diciamo contratto, è perfetto con l'accettazione, e nulla può valere ad annientare quello che è; o manca qualche cosa, affinchè diventi perfetto, come, per esempio, l'arrivo della lettera, e allora sarebbe meglio di dire che il contratto si perfeziona quando la lettera arriva nelle mani del proponente.

128. I principii esposti possono valere per risolvere la questione a riguardo della legge, che deve regolare il contratto fatto per mezzo

(1) Vedi la Memoria del Pigozzi (*Archivio Giuridico*, vol. VI, fasc. 1°), nella quale sono citati quasi tutti gli scrittori che hanno scritto del contratto per corrispondenza, e l'importante opera del SERAFINI, *Il Telegrafo in relazione alla Giurisprudenza civile e commerciale.*

d'intermediario o commissionario, supposto che la commissione sia data a persona che dimori all'estero. Quando l'intermediario o commissionario agisca in virtù di un mandato, rappresenta ne' suoi atti il suo committente, e vale lo stesso, come se questi si fosse recato esso stesso nel luogo, in cui si trovasse il commissionario, ed ivi avesse contrattato.

129. E qui stimiamo opportuno di notare, che qualora il mandato o la commissione fosse dato per lettera, il contratto tra mandante e mandatario diventerebbe perfetto appena questi avesse accettato il mandato e lo avesse eseguito, e che non sarebbe necessario che l'accettazione fosse cognita al committente, che avesse fatto la proposta. Questa regola deve ammettersi anche nel sistema che dichiara necessario per la perfezione del contratto per corrispondenza che l'accettazione giunga a notizia del proponente, imperocchè questo principio non sia applicabile al contratto di mandato, pel quale la preventiva risposta di accettazione non può essere richiesta per la natura del medesimo (1).

Si deve infatti presumere che il mandante persista nella sua volontà, finchè non manifesti una intenzione contraria, e che il mandatario acconsenta appena che conoscendo la volontà del mandante ne imprenda la esecuzione: laonde il contratto diventa perfetto appena il commissionario incominci l'esecuzione della commissione ricevuta.

Soltanto nell'ipotesi che il mandante volesse revocare il mandato, non basterebbe, che esso revocasse formalmente il consenso prestato, ma occorrerebbe bensì che la mutazione di volontà fosse conosciuta dal mandatario.

Questa dottrina è basata sull'autorità del diritto romano: *Si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero* (2).

La ragione della mutabile differenza quanto alla perforazione

---

(1) Delamarre, *Du contrat de commission*, t. I, n° 97; Casaregi, *Disc.* 179, n. 2.

(2) L. 15, Dig. *mandati*, XVII, 1; LL. 26, pr. e 34, § 1, *eodem*.

del contratto tra persone lontane secondo che si tratta di una compra e vendita, o di un mandato per comprare, consiste in questo, che nella compra e vendita entrambi i contraenti assumono un'obbligazione distinta, la quale per ciascuno di essi è reciproca e principale, e quindi non si può stabilire senza l'accordo delle due volontà, mentre nel mandato l'obbligazione principale è una sola, e nel solo interesse del mandante, e quindi, siccome la volontà da questo esternata si deve ritenere come volontà attuale, finchè non sia revocata, così il contratto diventa perfetto appena il mandatario conoscendo tale volontà, abbia da parte sua cominciato a darvi esecuzione.

130. Applicando ora i principii esposti innanzi riesce chiaro, che a cagione del divenire il contratto di mandato o di commissione perfetto nel paese, in cui risiede il mandatario, deve essere retto dalla legge ivi imperante.

Mandati contractus, dice il Casaregi, *dicitur initus in loco in quo diriguntur litterae missivae alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur eas recepit, et acceptat mandatum* (1). E poichè il mandatario rappresenta completamente il mandante, gli atti da esso fatti, nel luogo in cui si trova, si considerano come se fossero fatti dallo stesso mandante, e devono essere retti dalla legge vigente nel paese, ove il mandatario fece gli atti suddetti. Con ragione osserva pure il Casaregi, che quando un commerciante commette al suo corrispondente, che compri per suo conto una partita di merci, e che gliela trasmetta, ed il corrispondente compra le merci, è necessario distinguere nella convenzione due contratti, uno di mandato e l'altro di vendita, i quali si compiono entrambi nel luogo in cui dimora il mandatario, perchè ivi il suo consenso si unisce a quello del mandante e a quello del venditore (2).

Questa teoria è stata formalmente sanzionata dalla Suprema Corte della Luigiana e dalla Camera dei Lords in Inghilterra. Il Lord Cancelliere della quale si espresse nei seguenti termini: « Se io che risiedo in Inghilterra do commissione al mio corrispondente in Scozia di fare

(1) CASAREGI, *Disc.* 179, n. 2.
(2) Id., ibid., n° 10.

ivi un contratto per mio conto è lo stesso come se io mi vi recassi per contrattare » (1).

Il tribunale di Marsiglia ritenne pure lo stesso principio e decise, che qualora secondo l'uso del paese, in cui fosse stata conclusa la vendita per mezzo d'intermediario dovesse essere accordata al compratore una dilazione di favore pel pagamento del prezzo, il committente non potrebbe costringere il commissionario a fargli il versamento del denaro, che dopo spirata codesta dilazione, e che sarebbe tenuto verso di questi al rifacimento dei danni, se procedesse contro di esso prima che la medesima fosse spirata (2).

131. Pei contratti poi fatti in luogo e ratificati in un altro andiamo d'accordo col Casaregi, il quale dice che il contratto si deve considerare perfetto nel luogo in cui seguì la convenzione, non in quello in cui fu ratificato, perchè la ratifica retroagisce al tempo ed al luogo della gestione. Questo principio si applica non solo ai contratti fatti da un commissionario e ratificati dal committente, ma anche a quelli fatti da un *negotiorum gestor*, il quale per i suoi atti è assimilato al mandatario (3) e perciò codesti contratti devono essere regolati dalla legge del luogo in cui seguì il negozio, non da quella del domicilio del *negotii dominus*, che li ha ratificati. Quando infatti un gestore compri o faccia un negozio qualunque per conto del suo principale, e poi domandi la ratifica, benchè il consenso del ratificante si unisca a quello del gestore nel luogo, in cui è data la ratifica, pure retroagisce al tempo ed al luogo in cui il negozio fu fatto. *Ratio rationis est*, così il Casaregi, *quia consensus ratificantis non unitur in loco suo ad aliquem actum seu contractum perficiendum, sed acceptandum contractum vel negotium pro se in loco gestoris jam factum, ac si eodem tempore et loco, in quo fuit per gestorem negotium gestum, ipsemet ratificans esset praesens, ibique contraxisset* (4).

---

(1) Story, *Conflict of law*, § 285; Burge, *Comment on col. law*, pt. 2ª, ch. 20.

(2) Marseille, 16 oct. 1833 (Chapelie), *J. de Mars*. 14, 1, 79.

(3) Cod. civ. ital., art. 1141; Cod. civ. franc., art. 1372.

(4) Casaregi, *Disc*. 179, § 20, 64, 76, 80; Card. De Luca, *Disc*. 47, n. 9; Delamarre e Lepoitvin, t. I, n. 175. Confr. Pardessus, *Droit. comm.*,

132. Ci pare però giusto di fare una distinzione a riguardo della ratifica dei contratti originalmente nulli, imperocchè per essi gli atti precedenti alla ratifica non sono efficaci a dar vita ai rapporti obbligatorii tra le parti, i quali nascono soltanto mediante la ratifica, che dà vita al vero e proprio contratto. Laonde riesce chiaro, che siccome il contratto non si può considerare nato e perfezionato, che nel luogo in cui l'atto originariamente nullo sia stato ratificato, così deve essere retto dalla legge ivi imperante.

133. Nella stessa guisa si dovrebbe risolvere la questione nel caso di contratti fatti da commessi viaggiatori, i quali non avessero un regolare mandato per contrattare in nome di Case commerciali, ma che viaggiassero invece per proprio conto a fine di raccogliere le domande e le offerte, e di trasmetterle a delle Case di commercio principali, proponendo ad esse di accettarle o rifiutarle. Qualora codeste Case accettassero la proposta, il contratto si dovrebbe ritenere perfezionato tra la Casa principale ed il Commesso viaggiatore, applicando a tale contratto le stesse regole che vanno applicate ai contratti tra persone lontane.

Ci sembra utile di notare, che per determinare la natura dei contratti conclusi dai Commessi viaggiatori, e il luogo in cui debbano ritenersi perfezionati, bisogna stabilire con precisione la posizione giuridica del Commesso viaggiatore di fronte alla Casa principale. Se esso viaggi per conto o per interesse del suo principale, e con poteri sufficienti a concludere i contratti divenendo così un mandatario di esso, deve rimanere soggetto alle regole esposte per il contratto di mandato. Se invece abbia poteri limitati a concludere i contratti sotto la condizione sospensiva della ratifica del suo principale devono applicarsi i principii che regolano la gestione di affari subordinata alla ratifica.

Se finalmente l'agente viaggi per proprio conto, vale a dire per

---

n. 1354; Cass. francese, 3 déc. 1811 (Dev. 3, 1, 42); Corte Reale di Bordeaux, 22 avril 1828 (Dev. 9, 2, 69). Confr. Hertii, *Opera de collisione legum*, § 4, n. 55; Fœlix, n. 106; Rocco, parte 3ª, cap. 11. Cf. Marseille, 26 février 1867 (Théric), e 18 juin 1867 (Goinard), *J. de Mars.* 1867, 1, 113 e 240. — Marseille, 6 sept. 1871 (Salmon), *J. de Mars.* 1871, 1, 222. — In senso contrario vedi Marseille, 12 mai 1871 (Pascalin), *J. de Mars.* 1861, 1, 143.

raccogliere le domande e le offerte e farne la proposta alle Case di commercio principali, esso dovrà essere considerato come il commissionario dei singoli individui, che abbiano fatte le offerte e le domande, e dovranno essere applicate le stesse regole come se essi stessi avessero scritto alle Case principali.

134. A riguardo dei contratti conclusi sotto condizione sospensiva, qualora il luogo, in cui questa si dovesse verificare, fosse diverso dal luogo in cui essi fossero stati conclusi, bisognerebbe ritenerli perfezionati in questo piuttosto che in quello, in cui codesta condizione fosse poi venuta a verificarsi. La legge quivi vigente dovrà applicarsi solo per decidere, se la condizione pattuita debba o no ritenersi verificata; ma siccome il verificarsi dell'evento retroagisce al tempo e al luogo, in cui nacque l'obbligazione, così il contratto deve essere retto dalla legge vigente nel luogo in cui fu concluso.

135. Per le obbligazioni, che derivano da atti successivi stipulati in diverse località, conviene volgere l'attenzione alla natura dei medesimi. Se essi devono reputarsi quali atti preparatorii coordinati allo stesso negozio principale, è chiaro, che siccome l'obbligazione non si può dire perfetta, che quando esso sia posto in essere, così conviene riferirsi alla legge del luogo, in cui codesti atti preparatorii abbiano avuto il loro compimento definitivo, perchè ivi solamente si può dire verificato il *duorum in idem placitum consensus*.

Tale è il caso di due persone che viaggiando in diversi paesi trattino un affare, che poi sia da esse definitivamente concluso in un determinato luogo.

Qualora poi i singoli atti, quantunque successivi e coordinati allo stesso negozio abbiano ciascuno un'esistenza separata e come tali siano idonei a produrre obbligazioni giuridiche converrà in tal caso applicare a ciascuno di essi la legge del luogo in cui sia stato fatto. Così deve dirsi, ad esempio, delle girate successive di una lettera di cambio, ciascuna delle quali deve reputarsi retta dalla legge del luogo in cui sia stata fatta.

Si può dire lo stesso nel caso, che una società di assicurazione invii un suo agente con le polizze di assicurazione, firmate da chi la rappresenti, dando ad esso la facoltà di rilasciarle in ciascun paese in

cui arrivi, e concludere i parziali contratti, e di apporre ad essi la firma. Codesti contratti parziali sarebbero obbligatorii per la società, e la legge del luogo, in cui essa avesse la sua Sede principale, dovrebbe essere applicata per quanto concernesse l'obbligazione della società medesima, ma si dovrebbe tener conto della legge del luogo, in cui ciascun parziale contratto fosse stato concluso, per quanto potesse concernere i diritti derivanti dal contratto tra le parti e rispetto ai terzi.

136. Passiamo ora ad esporre le regole onde eliminare i dubbi che possono sorgere a riguardo del luogo in cui si deve ritenere destinata l'esecuzione dell'obbligazione.

Vi sono alcune obbligazioni, per le quali il luogo dell'esecuzione deve ritenersi determinato dalla natura del negozio stesso in modo da escludere qualunque dubbio, così ad esempio la consegna di una casa o di un terreno non può essere eseguita, che nel luogo ove la cosa o il terreno si trovi. Per altre il luogo dell'esecuzione risulta determinato dalle circostanze, o dall'intenzione delle parti, le quali abbiano con ragione fatto assegnamento sull'esecuzione immediata dell'obbligazione. Così lo straniero, che contrae debiti per i suoi bisogni giornalieri, deve pagarli nello stesso luogo, ove li ha contratti, perchè questo risulta dalla natura delle cose e dall'intenzione delle parti.

La difficoltà può nascere, quando per la natura stessa del contratto e per le circostanze si può ammettere, che l'adempimento dell'obbligazione possa avvenire in un luogo diverso da quello, in cui sia stato stipulato il contratto, ma, a cagione di non averlo le parti espressamente fissato, sorge il dubbio se l'adempimento debba tenersi compiuto in un dato momento ed in un dato luogo.

137. Consideriamo a modo di esempio l'obbligo assunto di rimettere una data merce a destino. Supposto che le parti non avessero stabilito nulla circa il modo di farne la consegna, potrebbe nascere il dubbio, se l'adempimento di tale obbligazione dovesse ritenersi verificato al domicilio del debitore, o a quello del creditore.

Da una parte si può considerare, che la persona che si fosse in questa guisa obbligata, potrebbe addurre, che quando avesse spedito coi mezzi ordinari di trasporto le mercanzie al loro destino, consegnandole ad esempio all'Ufficio delle merci addetto alla strada ferrata,

avrebbe adempiuto all'obbligazione da essa contratta, perchè ivi avrebbe compiuto tutti gli atti, ch'erano in suo potere per eseguirla. Dal che si potrebbe poi dedurre, che il trasporto della mercanzia ed il ricevimento di essa sarebbero una conseguenza ulteriore dell'esecuzione già perfezionata. Così la pensa tra gli altri Savigny (1), il quale dice « che la spedizione costituisce la esecuzione reale. Egli si appoggia a due disposizioni del diritto romano, cioè, che la perdita della cosa per caso fortuito è a rischio del compratore dal momento in cui la vendita sia conclusa, e prima che si sia eseguita la tradizione (2); e che, quando sia stata promessa la consegna di una cosa mobile, non può essere domandata, che nel luogo in cui la cosa stessa si trovi (3).

Evvi invece chi la pensa diversamente considerando che l'invio della merce coi mezzi ordinari è un fatto preparatorio dell'esecuzione, la quale non si può dire veramente effettuata, che quando la merce arrivi nelle mani del destinatario, o al domicilio di lui.

In generale fa di mestiere, volgere l'attenzione ai termini del contratto, ed alle circostanze, onde determinare il luogo, in cui si deve ritenere fissata la esecuzione di esso.

138. La Corte di Torino decise, che il luogo dell'esecuzione del contratto non è quello a cui si spediscono le merci, quantunque si debbano spedire franche di porto a domicilio, ma bensì quello in cui le merci devono essere consegnate e messe a disposizione del committente. In conseguenza la detta Corte ritenne, che quando il venditore si sia obbligato di consegnare la merce franca alla stazione, l'esecuzione del contratto debba ritenersi fissata nel luogo, ove risieda il venditore (4).

Lo stesso principio troviamo accettato dalla Corte di Genova (5).

---

(1) Savigny, *Trattato del dir. rom.*, vol. VIII, § 370.

(2) § 3°, *Ist. de empt.* (III, 24).

(3) L. 12, § 1, Dig. *De pasit.* (XVI, 3).

(4) Torino, 22 dicem. 1868 (Mazzoni), *Giurispr. tor.*, VI, 250. Vedi pure Torino, 21 maggio 1866, Caveri, 6, 2, 60; Cass. Firenze, 1° marzo 1874, *Gazz. di Genova*, XXVII, 1, 221.

(5) 22 giugno 1861 (Taddei-Garibaldi), Caveri, 6, 2, 129. — Vedi in senso contrario Torino, 19 gennaio 1866 (Mordant), Caveri, 6, 2, 6.

La Corte di Napoli prese in considerazione il patto di garentire il peso della merce fino ad un dato luogo per ritenere questo come luogo dell'esecuzione (1).

139. Certamente la questione di determinare il luogo dell'esecuzione del contratto, quando codesto luogo non sia espressamente fissato, è intricata, nè si può risolvere con un generale principio. Noi incliniamo pertanto a ritenere come regola, che il luogo, in cui la merce deve essere riconosciuta e verificata, debba essere considerato come quello dell'esecuzione, perchè ivi, quando di essa sia accertata l'identità e la qualità pattuita, si può dire, che sia compiuto l'obbligo di colui, che della medesima è tenuto a fare la consegna. La circostanza di effettuare la consegna della merce franca alla stazione non ci sembra in ogni caso decisiva, perchè tale patto può avere in mira di fissare, se le spese del trasporto devono essere a carico del venditore o del compratore. Del resto incombe ai giudici di tener conto delle particolari circostanze del caso, onde determinare il luogo della esecuzione secondo la presunta volontà delle parti.

140. In una causa decisa dai tribunali di New-York prevalsero criteri diversi. Si trattava di un negoziante il quale aveva consegnato una partita di merce coll'incarico di venderla a New-York e spedirne il prodotto in Cina. Essendo fallito il consegnatario si trattava di determinare la ragione degli interessi moratorii derivanti dal mancato pagamento, e l'opinione del tribunale e quella della Corte furono diverse, quanto al fissare il luogo, in cui secondo il contratto il pagamento dovea essere eseguito. Il tribunale in conformità dell'opinione del cancelliere Hent considerò, che dovendo il denaro ottenuto mediante la vendita essere rimesso in Cina, tale obbligazione non si poteva dire eseguita, che quando il medesimo fosse arrivato al luogo di sua destinazione, e che perciò essendosi ivi verificata la mancanza di pagamento, ivi dovea ritenersi avverata la mora. La Corte invece considerò, che l'esecuzione dell'obbligazione del commissionario consisteva nello spedire il prodotto della vendita da New-York in Cina, e che quindi la mora dovea

---

(1) Napoli, 6 dicembre 1866, *Giurispr. ital.* 1866, 1, 878.

ritenersi avverata a New-York, e secondo la legge ivi vigente dovea valutarsi la ragione dell'interesse moratorio (1).

§ 3°.

Della legge che deve regolare la natura e gli effetti giuridici dell'obbligazione.

141. Secondo quale legge debba determinarsi la natura dell'obbligazione. — 142. Della solidarietà. — 143. Del beneficio della divisione fra i condebitori. — 144. Dei mezzi per costringere il debitore. — 145. Degli effetti giuridici derivanti dall'obbligazione. — 146. Gli effetti naturali devono essere retti dalla *lex loci contractus*. — 147. Degli effetti che sono retti dalla legge del luogo ove si deve verificare l'esecuzione. — 148. Effetti che derivano da avvenimenti accidentali. — 149. Della caparra. — 150. Della clausola penale.

141. I principii esposti sino a questo punto e la distinzione da noi fatta circa quanto concerne il vincolo giuridico e la esecuzione dell'obbligazione possono valere eziandio per determinare la legge che deve regolare la natura e gli effetti giuridici dell'obbligazione.

È secondo la legge del luogo, in cui divenne perfetta l'obbligazione, che si deve decidere se questa sia civile o naturale: se sia semplice o condizionale: se consista in *dando* od in *faciendo:* se sia una *obligatio rei certae* o un'*obligatio generis* (2).

142. Rispetto alla solidarietà dei debitori obbligati, sia che essa derivi immediatamente dalla legge, o dalla convenzione perchè espressamente stipulata, dev'essere regolata dalla legge del luogo in cui il contratto sia stato fatto.

La solidarietà infatti costituisce la forza dell'obbligazione e la sicurezza del creditore, e deve dipendere dalla legge sotto cui le parti si siano obbligate (3). Se, per esempio, più mandanti stranieri conferiscono un mandato ad un italiano per un affare comune, sono tenuti in

---

(1) Story, *Conflict of Laws*, § 297.
(2) Confr. Colmar, 25 avril 1821 (Müller), Sirey, 21, 2, 264.
(3) Henry, *On foreign Law*, 39.

solido verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato, secondo dispone l'art. 1856 del Codice civile italiano. La ragione è, perchè il contratto di mandato diventa perfetto in Italia, appena il mandatario accetti ed esegua il mandato, e quindi la forza dell'obbligazione tra i mandanti stranieri e il mandatario italiano deve essere regolata dalla legge nostra sotto cui le parti vengono ad obbligarsi.

Si dica lo stesso nel caso che più fidejussori stranieri prestino sicurtà per un medesimo debitore e per lo stesso debito. Ciascuno di essi sarà obbligato per l'intiero debito secondo dispone la legge nostra (art. 1911). Per la stessa ragione uno straniero che contrae matrimonio con una vedova italiana, qualora questa non abbia ottenuto in precedenza dal consiglio di famiglia l'autorizzazione ad amministrare il patrimonio dei figli di primo letto, diviene responsabile in solido con la moglie dell'amministrazione da essa esercitata pel passato, e di quella indebitamente conservata (art. 238-39).

143. Può sorgere il dubbio a riguardo della legge con la quale si debba decidere, se ai condebitori sia dato di godere del beneficio della divisione (1). Il Boullenois considera il beneficio della divisione fra i condebitori come un'eccezione personale contro l'azione, e opina che debba essere regolato dalla legge del domicilio della persona. Soggiunge però, che, qualora la *lex loci contractus* ammetta un tal beneficio, debba questo valere, anche quando non sia riconosciuto dalla legge del domicilio del debitore, per la ragione che bisogna sempre preferire la legge, che a questo sia più favorevole. Egli conchiude dunque, che si deve applicare la legge del contratto o quella del domicilio della persona, secondochè l'una o l'altra sia più favorevole al debitore (2).

---

(1) Secondo la legge nostra il beneficio della divisione ha luogo quando più persone prestano sicurtà per un medesimo debitore, e per lo stesso debito, nel qual caso ciascuno può esigere, che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuno (art. 1911-12, corrispondente all'art. 2026 del Codice Napoleone). Secondo il diritto romano vi potevano essere obbligazioni correali improprie, e i confideiussori potevano essere tenuti a pagare in solido e godere il *beneficium divisionis* (Vedi Savigny, *Des obligations*, § 20 a 25).

(2) Boullenois, t. II, p. 463, 475-76.

Noi al contrario opiniamo, che si debba tener conto della *lex loci contractus*, perchè il beneficio della divisione appartiene al contenuto dell'obbligazione. Infatti i condebitori sono più o meno strettamente obbligati, secondo che si ammette o no fra loro il beneficio della divisione. Non è una ragione sufficiente il considerare tale beneficio come un'eccezione personale, perchè ciascuno può rinunciare ad un suo diritto, e quando l'obbligazione abbia avuto origine sotto una legge straniera, della sua natura, della sua estensione, delle eccezioni e della sua efficacia o inammissibilità si deve giudicare secondo la legge sotto cui esso sia nato (1).

144. Per quello poi che concerne i mezzi, di cui può disporre il creditore per costringere il debitore all'adempimento dell'obbligazione da esso contratta, bisognerà attenersi alla legge del luogo, ove il contratto debba essere eseguito, e tener presenti i principii che esporremo in seguito rispetto al procedimento per l'esecuzione dei contratti.

145. A riguardo degli effetti giuridici delle obbligazioni è necessario distinguere quelli, che derivano immediatamente dalla natura del contratto, o da una disposizione della legge, o dalla consuetudine vigente nel luogo in cui le parti si siano obbligate, da quelli accidentali, i quali risultano da avvenimenti posteriori, e che nascono in forza di circostanze, che si verificano nell'adempimento dell'obbligazione.

I giuristi denominano i primi *naturalia contractuum* (2). Codesti effetti sono ben distinti da quelli essenziali senza dei quali o non esisterebbe il contratto, o almeno ne sarebbe mutata la specie, come sarebbe ad esempio, il trasferimento della proprietà nel contratto di vendita. *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus* (3).

Gli effetti immediati o naturali sono propriamente quelli che derivano dalla natura del contratto senza bisogno di convenzione espressa.

---

(1) Fœlix, n° 109; Voet, *De stat.*, sect. IX, cap. II, n° 10; Story, § 322 *b*; Burge, *Comment.*, parte 2ª, cap. XX.

(2) Pothier, *Oblig.*, art. 1, § 3; Boullenois, *Observ.*, 23, p. 446; Burge, *Comment.*, parte 2ª, cap. IX.

(3) L. 80, § 3, Dig. *De contr. empt.*

ma che possono essere esclusi per volontà delle parti senza che di esso manchi l'essenza o la specie. Così acccade, se per patto espresso nel contratto di compra e vendita il venditore non abbia garantito al compratore la cosa venduta; se, perfezionato il contratto, la perdita della cosa sia stata posta a danno dell'acquirente senza che questi possa essere dispensato dal pagamento del prezzo, e se il commodatario non sia tenuto della colpa lievissima per la cosa, che abbia ricevuta in commodato, se l'abbia impiegata in un uso diverso da quello stabilito nel contratto. Codesti e simili patti non muterebbero al certo la sostanza della vendita e del commodato, ma secondo la natura del negozio giuridico mancando il patto si dovrebbe ritenere che l'effetto naturale e immediato del contratto fosse il contrario del patto espresso.

146. Quando le parti non abbiano dichiarato nulla espressamente, è secondo la *lex loci contractus* che si devono determinare tutti gli effetti immediati che derivano dal contratto, sia per disposizione della legge, sia per consuetudine. Infatti quando i contraenti non siano nè cittadini della stessa patria, nè domiciliati nello stesso paese, non si può far prevalere l'intenzione che uno di essi abbia potuto avere di riferirsi alla legge della sua patria o del suo domicilio, ma si deve piuttosto ammettere, che la legge, cui tutti si siano sottomessi per tacito accordo, sia quella del luogo in cui si siano obbligati. Questa diventa perciò il complemento della convenzione e deve valere dovunque per determinare i diritti reciproci delle parti. *Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur* (1).

Ed il Lauterback: *Ea enim quae auctoritate legis vel consuetudinis contractuum comitantur, eidem adherent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura, et in naturam transit. Atque quoad naturalia contractuum etiam forenses statuta loci contractus observare debent* (2).

---

(1) L. 35, Dig. *De reg. jur.*

(2) LAUTERBACK, *Dissert.* 104, parte 3ª, nº 58, citato da BOULLENOIS, *Observation* 46, p. 460.

Applicando questo principio, che è accettato dalla maggioranza dei giuristi (1), deduciamo, che secondo la *lex loci contractus* si debba decidere se la cosa perisca pel debitore o pel creditore; se il debitore sia tenuto della colpa lata o di quella lieve, o solamente del dolo; se sia responsabile nonostante la forza maggiore od il caso fortuito; entro qual termine il creditore possa esigere l'adempimento dell'obbligazione del suo debitore, quando codesto termine non sia stato esplicitamente apposto, ma risulti dalla natura del fatto che sia obbietto dell'obbligazione medesima; qual diritto possa avere il creditore per domandare l'esecuzione del contratto o il risarcimento del danno emergente e del lucro cessante; quale obbligo abbia il debitore di consegnare la cosa, di adempiere alla prestazione, o di rifare il danno cagionato; qual garanzia debba avere il venditore; a chi e in quali casi spetti il diritto di domandare la risoluzione del contratto per causa di lesione, o la *restitutio in integrum* per causa inerente al contratto medesimo.

147. Tutti gli effetti poi che derivano dal modo di eseguire il contratto devono essere regolati dalla legge del luogo in cui sia stata destinata la prestazione. *Ea quae ad complementum vel executionem contractus spectant, vel absoluto eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio* (2). Così, per esempio, se il mutuatario non potendo restituire la cosa, sia tenuto a pagarne il prezzo corrispondente, la stima di essa si farà secondo la legge del luogo in cui sia stata destinata la restituzione della medesima (3). *Extimatio rei debitae*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, seu deliberatio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus* (4).

La stessa legge si dovrà applicare per decidere se la colpa, la negligenza, il caso fortuito, la mora si possano dire verificati secondo la regola che ne dà il Voet: *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus, in quem destinatu est*

(1) Fœlix, n° 109; Story, § 321; Voet, *De statut.*, sect. IX, cap. II; Rocco, parte III, cap. VIII.

(2) Burgundus, *Tract.* 4, n° 29.

(3) Confr. Codice civile italiano, art. 1828.

(4) Everhardus, *Consilia sive Responsa juris*, 78, n. 9.

§ 4°.

Della legge che deve regolare le azioni e le eccezioni.

151. Le azioni derivanti dall'obbligazione convenzionale dipendono dalla *lex loci contractus.* — 152. Si precisa l'oggetto proprio della disputa. — 153. Le azioni e le eccezioni, quanto al fondo del diritto fanno parte della sostanza del contratto. — 154. Si applica la regola a varii casi particolari. — 155. Si conferma con la giurisprudenza. — 156. Delle azioni di rescissione, di rivocazione e riduzione. — 157. Dell'azione redibitoria e della rescissione per azione.

151. L'efficacia dell'obbligazione deve essere pure valutata secondo la *lex loci contractus*, allorquando si tratti di apprezzare le azioni spettanti al creditore per costringere il debitore all'adempimento della obbligazione da esso contratta e le eccezioni perentorie che lo stesso debitore può contrapporre per respingere la domanda. Codeste azioni ed eccezioni così considerate formano parte della sostanza stessa dell'obbligazione come dissero i giureconsulti romani. *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* (1). Allora solamente l'obbligazione si può dire pienamente efficace quando il debitore può essere costretto alla prestazione mediante un'azione esercitata in via giudiziaria. *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest* (2).

152. Non è questo il luogo per discorrere del modo e della forma con cui le azioni per ottenere la sanzione giudiziaria delle obbligazioni debbano essere esercitate e del magistrato a ciò competente. Qui dobbiamo soltanto trattare dell'efficacia di un contratto in un paese diverso da quello in cui sia stato stipulato, e trattarne sotto un punto di vista generale, vale a dire determinare in massima la legge destinata a regolare l'ammissibilità delle azioni e delle eccezioni. Ora stando in quest'ordine d'idee non possiamo ammettere la teoria di

(1) L. 3 pr., Dig. *De oblig. et act.* (XLIV, 7).
(2) L. 108, Dig. *De verb. sign.* (L. 16).

quegli scrittori, che hanno insegnato doversi le azioni e le eccezioni, di qualunque natura esse siano, considerare come istituzioni di procedura, e che come tali debbano dipendere dalla legge del luogo, in cui l'azione sia esercitata (1).

153. Noi seguiamo invece la dottrina di Savigny (2), e sosteniamo, che siccome il valore dell'obbligazione giuridica consiste nel diritto che acquista il creditore a costringere il debitore ad adempierla, così l'esistenza e la natura dell'azione, sempre che si tratti del fondo del diritto, devono reputarsi strettamente connesse col *vinculum juris* e non possono dipendere fuorchè dalla legge stessa, che deve regolare l'obbligazione. L'eccezione perentoria si fonda parimente sulla natura e sulla sostanza dell'obbligazione, imperocchè essa deriva da che la validità stessa dell'obbligazione può essere attaccata. Non si può quindi senza peccare d'inconseguenza, sostenere che la sostanza e la validità intrinseca dell'obbligazione debbano dipendere da una legge e l'ammissibilità di un'azione o di un'eccezione perentoria da un'altra legge. Questo può ammettersi per le azioni ed eccezioni che derivino da fatti nuovi, *ex post facto*, le quali devono essere rette dalla legge del luogo ove il fatto nuovo acquisitivo sia stato posto in essere. È così pure per le eccezioni che riguardano l'ordine del giudizio, le quali sono fondate sul diritto di procedura, e devono essere naturalmente rette dalla legge del luogo ove segue il giudizio.

154. Applicando i principii esposti si può dedurre che, per decidere in materia di vendita se il compratore abbia l'azione di garanzia contro il venditore in caso di evizione, si deve applicare la *lex loci contractus*, non quella del luogo in cui si trova la cosa, o quella del luogo destinato per il pagamento, o quella del domicilio del venditore. La ragione è che, quantunque l'azione di garanzia sia personale, e debba essere retta, quanto alla forma, dalla legge del domicilio del venditore, benchè possa essere esercitata solo quando l'evizione possa dirsi verificata secondo la *lex rei sitae*, pure in quanto al fondo deriva dalla

(1) Fœlix, *Droit international privé*, § 100.
(2) Savigny, *Trattato del dir. rom.*, vol. VIII, § 374.

legge sotto cui le parti si siano obbligate, e forma parte integrante dell'obbligazione del venditore.

Per la stessa ragione l'*exceptio non numeratae pecuniae:* l'*exceptio excussionis:* l'*exceptio doli* e simili devono essere apprezzate secondo la legge sotto cui ebbe origine l'obbligazione (1).

155. La giurisprudenza conferma l'opinione da noi accettata. A proposito di mercanzia diretta ad un porto straniero e assicurata in Francia fu deciso, che l'azione di avaria contro l'assicuratore doveva essere retta dalla legge francese, e che se la mercanzia fosse ricevuta senza la protesta fatta entro il termine stabilito dall'art. 435 Codice comm. franc., sarebbe perenta l'azione. Che non poteva valere a rendere inammissibile l'eccezione che il consegnatario avesse domandato una perizia per far verificare lo stato della mercanzia, se avesse omesso di protestare dinanzi al Console o all'Ambasciata francese (2). Nè, se l'assicuratore fosse entrato in trattative amichevoli con l'assicurato sul regolamento delle avarie, si avrebbe potuto presumere decaduto dal diritto di promuovere l'eccezione per avervi rinunziato (3).

Gli stessi principii furono applicati ad un contratto di assicurazione fatto in Francia per merci caricate a bordo di nave straniera, in porto straniero. Si disse che l'azione contro l'assicuratore doveva essere retta dalla legge francese: « C'est la loi sous l'empire de laquelle le contrat d'assurance a été formé, c'est-à-dire la loi française qui doit régir l'action de l'assuré pour avarie aux marchandises » (4).

156. Circa poi alle azioni di rescissione, rivocazione, riduzione e annullamento di un'obbligazione, osserviamo che se siano fondate su di un vizio intrinseco al contratto, devono essere regolate dalla stessa legge sotto cui le parti si siano obbligate; se poi dipendano da una

---

(1) Mascardus, *Concl.* 7, n. 75; Rocco, parte 3ª, cap. 8; Massé, *Droit comm.*, n. 638.

(2) Marseille, 10 janv. 1838 (Arnaud), *J. de Mars.* 17, 1, 59.

(3) Bordeaux, 16 août 1859 (Lacourade, Durand, et Courtaud), *J. de Mars.* 37, 2, 138.

(4) Fœlix, *Droit. privé intern.*, n. 111; Rocco, parte 3ª, cap. 10; Voet, *De stat.*, sect. 9, cap. 2, n. 20; Meyer, § 46; Merlin, *Effet rétroactif*, sect. 3; Chabot, quest. transit., *Rescission*, n. 7

causa estrinseca e posteriore alla stipulazione, o dall'incapacità dei contraenti, devono valutarsi secondo la legge del luogo, in cui si sia verificato il fatto, o a cui sia soggetta la persona.

La ragione di questa dottrina, accettata dal Rocco, dal Fœlix, dal Voet, dal Merlin e da altri, è fondata sulla considerazione, che l'azione in rescissione è un effetto immediato dell'obbligazione stessa, perchè, secondo il Merlin, le parti si sono tacitamente riservate la facoltà di rescindere la convenzione, qualora si fosse verificata una delle cause determinate dalla legge sotto cui si obbligarono. « Se in un luogo, dice il Rocco, si fa una donazione condizionata, per decidere se l'inadempimento trae seco la nullità o la rescissione della donazione, si deve applicare la legge sotto cui la donazione è fatta, non quella del luogo in cui esiste la cosa donata o in cui si doveva verificare la condizione ».

157. Questo principio devesi anche applicare all'azione redibitoria per i difetti occulti della cosa venduta e alla rescissione per causa di lesione in favore del compratore o del venditore.

Massé opina che quando l'azione di rescissione abbia per oggetto un immobile, debba essere retta dalla legge reale, ossia da quella del luogo in cui la cosa sia situata, e che secondo la medesima legge debba decidersi la questione, se la vendita di un immobile possa essere attaccata per lesione (1). Questa è pure l'opinione del Fœlix il quale sembra esser caduto in una contradizione. Egli infatti ammette, che se la legge del contratto concede al compratore il diritto di rescindere la vendita per lesione, la sua azione debba valere in Francia nonostante l'art. 1683 del Codice Napoleone (2) (che è conforme all'articolo 1536 del Codice italiano). Mentre poi altrove dice che si deve applicare la *lex rei sitae* per decidere se la vendita di un immobile possa essere annullata per lesione (3).

Più fondata è l'opinione del Rocco, secondo la quale per valu-

---

(1) Massé, *Droit Comm.*, n. 641.
(2) Fœlix, *Droit privé intern.*, n. 111.
(3) Id., ib., n. 93, e cita due sentenze della Suprema Corte di appello di Assia, sedente a Darmstadt, del 19 marzo 1819 e 1820.

tare la lesione e per determinare il valore effettivo di essa si deve applicare la legge del luogo, in cui la cosa sia situata, ma per decidere se l'azione per lesione spetti al compratore e al venditore o ad uno di essi solamente, e se la lesione debba essere oltre la metà o oltre i due terzi per rescindere la vendita, si deve applicare la *lex loci contractus*, perchè le parti si sottomettono tacitamente per la rescissione alla stessa legge da cui dipende la validità della convenzione.

§ 5°.

Della legge che deve regolare la prescrizione delle azioni.

158. Disparere tra i giuristi circa la legge che deve regolare la prescrizione dell'azione. — 159. Opinione di Pothier. — 160. Opinione di Merlin. — 161. Osservazioni critiche. — 162. Teoria di Pardessus. — 163. Opinione di varii giuristi. — 164. Dottrina di Troplong. — 165. Teoria che a noi sembra preferibile. — 166. Si conferma coll'autorità di Savigny e colla giurisprudenza.

158. Sono discordi i giuristi nel determinare la legge che deve regolare la prescrizione delle azioni.

159. Il Pothier (1) opina che essa debba essere retta dalla legge del domicilio del creditore. « Le rendite e le cose mobili, che non hanno situazione, dice egli, sono rette dalla legge del domicilio del proprietario, il quale non ne può essere privato, che secondo la legge cui è sottomesso. È dunque la legge del domicilio dello stesso, che deve regolare la prescrizione.

Il difetto di questo ragionamento ci sembra essere il considerare già il creditore come proprietario, mentre l'oggetto della disputa è precisamente questo, se il creditore, che non abbia domandato il pagamento prima della scadenza del termine per prescrivere, debba o no essere considerato come proprietario del suo credito, e se non debba ammettersi, che, dovendosi presumere la rinuncia al diritto per parte del medesimo e l'acquisto del diritto per parte del debitore, questi sia

(1) Pothier, *Prescription*, n. 251.

divenuto proprietario, lo che condurrebbe a dire che si dovrebbe preferire la legge del domicilio del debitore.

160. Alcuni giuristi hanno pensato che tutto deve dipendere dalla legge personale del debitore, adducendo che la prescrizione liberatoria deve essere considerata come un beneficio personale, e quindi retta per questo dalla legge del domicilio del debitore (1). « Quando la legge, dice Merlin, dichiara prescritto un debito, non annienta il diritto del creditore, ma oppone solo una barriera alla sua azione, laonde riesce evidente che essa non deve essere retta dalla legge del domicilio del creditore, ma bensì da quella del domicilio del debitore (2).

161. Noi non possiamo accettare l'ordine d'idee poste innanzi da Merlin. Ci pare di dovere osservare, che quantunque sia evidente che la prescrizione liberatoria sia un *modus tollendi obligationem* in favore del debitore, pur tuttavia non riesce del pari evidente che il termine per prescrivere debba essere fissato a seconda della legge del di lui domicilio. Questo in vero condurrebbe a mettere in balia dello stesso debitore di abbreviare col semplice trasferimento del domicilio il termine per prescrivere (3). La ragione delle cose esige che il termine per prescrivere vi sia, ma che sia certo e determinato, e non mutabile ad arbitrio di una parte e a pregiudizio dell'altra.

162. Pardessus pensa che ogni inconveniente potrebbe essere evitato tenendo ferma l'applicazione della legge del domicilio del debitore al momento in cui si sia obbligato (4).

Noi non siamo al certo fautori della preferenza data alla legge del domicilio per regolare secondo essa le obbligazioni personali, ma se dovessimo entrare in tale ordine d'idee dovremmo osservare, che non troviamo ragione per ammettere a preferenza l'applicazione della legge dell'antico domicilio. Trattandosi di un beneficio perso-

(1) VOET, *Com. ad Pand.*, *De rer. div.*, n° 12; *De in integ. rest.*, n° 29; BURGUNDUS, *Ad consuet. Flandriae*, tract. 2, n° 23; TROPLONG, *Prescript.*, n° 38.

(2) MERLIN, *Répert.*, v. *Prescription*, sect. I, § 3, n° 7; *Quest. de droit*, § 15.

(3) Conf. DUNOD, *Prescription*, parte 1ª, pag. 14.

(4) *Droit commercial*, § 1495.

nale bisognerebbe attenersi al domicilio attuale. Il creditore, che non avesse esercitata l'azione entro il termine fissato dalla legge dell'antico domicilio, dovrebbe imputare a sè stesso, se a cagione dell'essere più breve il termine secondo la legge del nuovo domicilio del suo debitore, rimanesse così privato del diritto di azione. Ripetiamo però che noi non accettiamo del tutto tale opinione.

163. Reputati scrittori hanno sostenuto che tutto dovesse dipendere dalla *lex fori*. Questa opinione accettata da Huber (1), da Boullenois (2), da Meyer (3) e da altri, è pure sanzionata dalla giurisprudenza dell'Inghilterra e dell'America settentrionale e difesa con vari argomenti (4).

Alcuni hanno posto innanzi l'argomento, molto specioso veramente, che la prescrizione si debba considerare come un'eccezione appartenente all'*ordinem judicii*. Altri aggiunsero che il giudice non può tutelare un diritto quando sia decorso il termine fissato dalla legge per ritenerlo efficace, e che tale divieto deve perciò considerarsi come un *beneficium fori*.

Huber dice: *Ratio haec est quod praescriptio et executio non pertinet ad valorem contractus, sed ad tempus et modum actionis instituendae, quae per se quasi contractum separatumque negotium constituit* (5).

Contro tale opinione militano le stesse ragioni le quali militano contro l'altra che vorrebbe preferita la *lex domicilii;* tanto più perchè l'azione deve ordinariamente esercitarsi al domicilio del debitore, e, siccome in ogni caso non sarebbe in facoltà del creditore di scegliere il luogo per esercitare l'azione, e questo dipenderebbe dal debitore, così il diritto del creditore potrebbe essere pregiudicato.

---

(1) Huber, *De conflicto legum*, n° 7; Casaregis, *Discursus leg.*, 130, n. 25; Everhardus, *Cons.* 78; P. Voet, *De stat.*, § 10, cap. I, n° 1.

(2) Boullenois, *Observation*, pag. 530.

(3) Meyer, § 48.

(4) Tittman, *De competentia legum externarum*, § 14; Story, § 577; Everhardus, *Cons.* 78; Casaregis, *Discursus leg.*, 130, n° 25.

(5) Loc. cit., tale opinione è conforme a quella sostenuta da Labbé nella sua nota alla sentenza della Cass. francese, 13 gennaio 1869, *Journal de Palais*, 1869, 113.

164. Merita pure considerazione l'opinione di Troplong, che vorrebbe far dipendere la prescrizione liberatoria dalla legge del luogo in cui l'obbligazione avrebbe dovuto essere eseguita, e ciò perchè egli considera la prescrizione come pena della negligenza del creditore, che non reclamò l'adempimento a tempo debito (1). Questa opinione, che troviamo consacrata nella giurisprudenza in questioni relative a lettere di cambio, fu accettata dal tribunale di Marsiglia e dalla Corte di Aix, che dissero « que d'après la doctrine la plus accréditée, la prescrip-« tion extinctive d'une obligation personnelle dépend de la loi du lieu « de l'exécution du contrat » (2).

Si potrebbe per altro osservare, che se, come dice Troplong, ove si fosse verificata la negligenza del creditore, ivi dovesse rimanere colpita dalla legge, parrebbe, che non dovesse essere colpita la negligenza ad esigere il pagamento, ma bensì la negligenza ad agire in giudizio per costringere il debitore, e che perciò la prescrizione debba dipendere piuttosto dalla legge del luogo in cui si dovea agire in giudizio, perchè ivi si poteva costringere all'esecuzione. Così in fatti ritenne la Cassazione francese la quale cassò le citate sentenze di Marsiglia e di Aix e disse: « En matière d'actions personnelles les règles « de la prescription sont celles de la loi du domicile du débiteur, qui, « poursuivi en vertu de la loi de son pays, a le droit de se prévaloir « des dispositions de cette même loi, qui peuvent le protéger contre « l'action dont il est objet » (3).

Nella causa però giudicata da quella Corte di Cassazione si trattava di un creditore tedesco, stabilito per il suo commercio a Londra, a favore del quale un francese avea contratto a Genova l'obbligazione di trasportare certe mercanzie a Londra; di più in Francia aveva contratta un'obbligazione di garenzia, e la questione nacque perchè a proposito del ricorso di garenzia venne opposta la prescrizione.

La Cassazione escluse l'applicazione della legge inglese, quella

---

(1) Troplong, *Prescription*, § 38.

(2) 20 dicembre 1865 (Schoeffer; 20 juin 1866, *Journal de Marseille*, 1866, 1, 36, 1867, 1, 116.

(3) 20 janv. 1869, *Journal de Marseille*, 1869, 2, 78.

cioè del luogo della esecuzione, e ritenne che la prescrizione dovesse essere regolata dalla legge francese, ch'era quella del domicilio del debitore; però la detta legge coincideva con quella del luogo in cui era nata l'obbligazione di garenzia. Non si può quindi sostenere che la Cassazione avesse deciso che la legge del domicilio del debitore dovesse preferirsi se essa si trovasse in conflitto con quella del luogo in cui fosse nata l'obbligazione, contro cui si volesse poi opporre la prescrizione.

165. Tra tutte le teorie poste innanzi per risolvere la questione, quella che riteniamo la meglio fondata, e che accettiamo, è, che la prescrizione liberatoria delle azioni, che derivano da un'obbligazione, debba essere retta dalla stessa legge a cui deve rimanere soggetta l'obbligazione. Infatti se l'obbligazione giuridica vale tanto in sostanza quanto il diritto del creditore a costringere il debitore alla prestazione, la durata dell'azione si collega con la forza dell'obbligazione e deve essere conseguentemente retta dalla stessa legge di essa.

Quando due persone si obbligano, si deve intendere pure convenuto fra di loro, che il termine entro cui l'una può agire contro l'altra per costringerla all'adempimento, debba dipendere dalla stessa legge sotto di cui sia nata l'obbligazione, ed il diritto di azione ad essa relativo. Quando, dice Demangeat, io contratto con un inglese in Inghilterra, ove suppongo che le azioni si prescrivano in venti anni, non è lo stesso che se avessi detto al mio debitore che mi riserbava il diritto di agire contro di lui entro i 20 anni? (1).

166. Questa è pure l'opinione di Savigny (2), e merita di essere preferita a tutte le altre, perchè è la più conforme al diritto razionale. Il termine per prescrivere rimane infatti stabilmente determinato, nè a modificarlo potrebbe influire il trasferimento del domicilio del debitore, o il luogo in cui il creditore fosse costretto ad agire contro di esso: per lo che si evita che una delle parti possa intraprendere una cosa qualunque a pregiudizio dell'altra.

---

(1) Demangeat, *Condit. des étrang.*, p. 358. Vedi Appendice, p. 598.
(2) Savigny, *Droit romain*, vol. VIII, p. 271.

. M. Ballot sostenne la stessa opinione nella *Revue pratique de droit*, opinione che troviamo confermata nella giurisprudenza dei tribunali francesi (1) ed italiani (2). La Corte di Algeri ritenne infatti che le cambiali sottoscritte all'estero tra stranieri della stessa patria dovevano essere rette dalla legge del loro paese, sopra tutto per quello che si riferiva alla durata della prescrizione, benchè il pagamento fosse domandato dinanzi al tribunale francese (3). M. Labbé invece combattendo questa teoria dice: « *La loi de la prescription est la loi de* « *l'action*. La loi qui octroie la faculté d'agir en justice, limite l'exer- « cice de cette faculté » (4).

Codesta dottrina di M. Labbé ci pare tanto più pericolosa in quanto che la legge francese concede (senza giuste ragioni in verità) al creditore francese di rivolgersi al magistrato del suo paese anzichè a quello competente per ragione del contratto, lo che conduce a rendere applicabile la legge francese ogni qualvolta un francese sia interessato nel contratto, e trovi conveniente di riferirsi a quella legge. Ad ogni modo poi la teoria di Labbé non conduce a rendere stabile il termine per prescrivere, se si consideri, che in materia commerciale sopra tutto possono essere diversi i tribunali competenti.

---

(1) La Corte di Chambéry ritenne che la prescrizione quinquennale non potesse essere opposta in Francia contro una domanda pel pagamento di un debito contratto in un paese, in cui tale prescrizione non era ammessa 12 fév. 1869, *Journal du Palais*, 870, p. 91. — Confr. Cass. 13 janv. 1869 *ivi* 1869, p. 113 e 6; janv. 1869, *ivi*, p. 118.

(2) Vedi la sentenza della Corte di Perugia, 28 novembre 1868, Manicomio di Roma c. Ferri, *Annali di Giur.* 1879, 38.

(3) Alger, 18 août 1848 (Heffner), *J. de Mars.*, 28, 2, 75.

(4) Vedi la nota alla sentenza della Cass. fr., 13 janv. 1869 (Albrecht), *Pal.* 1869, 113.

§ 6°.

Dell'efficacia giuridica estraterritoriale delle convenzioni.

167. I contratti devono essere giudiziariamente efficaci dovunque, purchè non siano contrarii all'ordine pubblico. — **168.** Sono inefficaci i contratti che implichino una violazione del diritto pubblico. — **169.** È lo stesso di quelli contro i regolamenti e le leggi proibitive di uno Stato. — **170.** I contratti inefficaci possono ingenerare non pertanto una valida azione giudiziaria. — **171.** Decisioni dei tribunali francesi e degli americani. — **172.** Si chiarisce la regola circa l'inefficacia dell'azione giudiziaria. — **173.** Del contratto di eseguire il contrabbando e delle azioni giudiziarie ad esso relative. — **174.** Opinione nostra. — **175.** Il contrabbando già eseguito può dar luogo ad una valida azione giudiziaria.

167. Ogni qualvolta l'azione giudiziaria spettante al creditore per ottenere l'adempimento dell'obbligazione assunta dal debitore non sia prescritta si può domandare dovunque l'esecuzione dell'obbligazione, e costringere giuridicamente il debitore, purchè però la prestazione non sia contraria ai principii di ordine pubblico ed al diritto sociale vigenti nel paese in cui codesta obbligazione si voglia rendere efficace.

Tutti i popoli civili hanno riconosciuto che l'obbligazione convenzionale deve avere in massima un valore estraterritoriale. Gli stessi romani tanto rigorosi verso gli stranieri considerarono la gran parte dei contratti di diritto delle genti *Ex hoc jure gentium commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae a jure civili introductae sunt.* Però essi medesimi dichiararono nulli i patti contro le leggi e le pubbliche istituzioni. *Pacta quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati juris est* (1).

(1) L. 6, Cod. *de pactis* (11, 3). Anche i tribunali francesi decisero che l'assicurazione del nolo non guadagnato, benchè valida nel paese in cui fu fatta, non poteva essere efficace in Francia, perchè era in opposizione colla legge francese: Rennes, 7 dec. 1859 (Dacosta), *Jour. de Marseille*, 38, 2, 61. Rennes, 4 dicembre 1862, *ivi*, 1863, 2, 189. Per la stessa ragione non fu ivi ammessa l'azione giudiziaria per un mandato dato a tale oggetto, benchè il mandatario dovesse eseguirlo in un paese in cui era permessa l'assicurazione del nolo non guadagnato. Bordeaux, 15 fer. 1859 (Domilatre), *Jour. de Mars.*, 37, 2, 73.

168. Applicando questo principio si deduce, che si devono considerare inefficaci non solo i contratti per futura coabitazione illecita, prostituzione, pubblicazioni oscene e quelli che importino una morale turpitudine, ma quelli altresì che siano in contraddizione col diritto pubblico dello Stato. Se un italiano si fosse obbligato, in un luogo in cui la tratta non fosse abolita, a trasportare gli schiavi nell'America, e avesse ricevuto un'anticipazione sul prezzo di trasporto, non potrebbe essere costretto innanzi ai tribunali all'adempimento, perchè la tratta dei negri è proibita dalle nostre leggi, ed è repressa con pene gravissime (1). È inefficace del pari sarebbe una convenzione per trasportare merci di contrabbando in tempo di guerra, qualora il nostro Stato avesse dichiarato la neutralità.

169. Si dica lo stesso dei contratti contro i regolamenti e le leggi proibitive del nostro Stato. Così ad esempio un contratto per la vendita dei biglietti di una lotteria straniera non autorizzata non potrebbe essere giudiziariamente efficace, e lo stesso deve dirsi della compra e vendita del sale, del tabacco, degli spiriti, dei liquori e simili in uno Stato, ove sia necessaria la patente per fare il commercio di tali generi. Un contratto di vendita di oggetti, che non si possono commerciare in un paese, non può essere sanzionato ivi dal tribunale, quantunque esso sia stato concluso in un altro paese ove la proibizione non esista.

170. Dobbiamo per altro notare che qualora il contratto fosse stato non solo concluso nel paese ove la vendita non era proibita, ma ivi ancora eseguito ed il venditore volesse poi agire contro colui che avesse eseguito il contrabbando solo per farlo costringere a pagare il prezzo della merce da esso consegnata, l'azione giudiziaria dovrebbe essere ammessa imperocchè l'oggetto di essa essendo di ottenere il pagamento della merce venduta e consegnata non si potrebbe considerare contro il diritto pubblico e l'ordine pubblico di conoscere giudiziariamente tale vertenza, e condannare il debitore al pagamento.

Questa regola potrebbe valere anche nel caso che lo stesso contratto di vendita, di tabacco ad esempio, fosse stato concluso nel paese ove il commercio di esso non fosse stato lecito. La ragione si trove-

(1) Cod. di marina mercantile, parte 2ª, tit. 2, cap. 5.

rebbe in questo, che cioè l'azione giudiziaria tenderebbe ad impedire, che uno si arricchisse ingiustamente, e non sarebbe contrario, ma conforme ai principii di ordine pubblico condannare il debitore a pagare il prezzo della merce. *Si clam*, dice Ubero, *fuerunt venditae merces in loco ubi prohibitae sunt, emptio venditio non valebit ab initio nec parit actionem, quocumque loco instituatur, utique ad traditionem agendam: sed si traditione facta pretium solvere nollet emptor, non tam contractu, quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet* (1). Lo stesso si deve dire se la merce sia stata comprata in un luogo, in cui non esisteva alcuna proibizione e l'azione pel pagamento del prezzo si eserciti nel luogo, in cui la merce fu trasportata nonostante la proibizione. Anche in tal caso il pagamento sarebbe un effetto immediato del contratto di compra e vendita perfezionato, consumato e originariamente valido (2).

171. In Francia, ove sono proibite le lotterie straniere (3), si è disputato, se si poteva agire contro un francese pel pagamento di un biglietto appartenente ad una di esse. La Corte Reale di Parigi pronunziò la nullità di tale obbligazione (4), ed il Massè opina, che anche quando l'obbligazione sia stata sottoscritta in un paese in cui la convenzione non era proibita, il francese non possa essere convenuto in Francia pel pagamento (5). Al contrario innanzi al tribunale di New-York, ove è proibita la vendita dei biglietti di lotteria, fu intentata un'azione per ottenere il pagamento di un biglietto di lotteria comprato nel Kentucky, ove la vendita era permessa. E il tribunale, senza distinguere se l'obbligazione doveva essere eseguita a New-York o nel Kentucky (6), ammise l'azione, e condannò la parte all'adempimento. Questa soluzione ci sembra preferibile.

172. Riassumendo quindi i principii esposti stabiliamo, che allora solamente non si possa domandare la sanzione giudiziaria di un con-

---

(1) Huber, *De conflictu legum*, L. 1, tit. iii, § 5.
(2) Story, *Conflict of Law*, § 251-52.
(3) Arrêt du Conseil, 20 sept. 1776; Loi 21 mai 1836.
(4) Paris, 25 juin 1829 (Sirey, 1829, II, 341); Fœlix, n° 90.
(5) Massé, *Droit comm.*, n° 570.
(6) Story, *Conflict of Law*, § 258 a.

tratto fatto all'estero, quando la prestazione, a cui il creditore voglia costringere il debitore, sia contrario ai principii di ordine pubblico vigenti nel luogo in cui si eserciti l'azione. Di maniera che, quando la prestazione derivi da un fatto giuridico posto in essere in paese straniero, e che sia di per sè stesso in opposizione con una legge di ordine pubblico vigente nel paese, in cui l'azione sia poi esercitata, questa deve essere ammessa non ostante, quando tende a costringere il debitore alla prestazione derivante dal fatto giuridico, ma che non sia di per sè stessa contraria ad una legge di ordine pubblico. Così ad esempio, qualora un italiano si fosse obbligato a trasportare gli schiavi in un paese, nel quale la tratta dei Negri non fosse proibita, essendo tale contratto originariamente nullo non potrebbe dar luogo ad un'azione giudiziaria contro l'Italiano dinanzi ai tribunali nostri. Però se egli avesse ricevuto un'anticipazione del prezzo di trasporto, ed il creditore agisse contro di esso giudiziariamente in Italia per farlo condannare a restituire la somma anticipata, i tribunali nostri dovrebbero conoscere tale vertenza e condannare il debitore a restituire l'indebito.

Per la medesima ragione certi effetti che derivano da un contratto valido secondo la legge estera ma che siano assolutamente vietati secondo la legge nostra, devono essere dichiarati giudiziariamente inefficaci a cagione dell'offesa che deriverebbe alle leggi di ordine pubblico, se la loro efficacia fosse giudiziariamente riconosciuta. Così ad esempio dovrebbe dirsi del patto commissorio aggiunto al contratto di pegno o di anticresi, e via dicendo.

173. Una questione molto delicata a questo proposito si è quella, se un contratto, che abbia per oggetto immediato di fare il contrabbando all'estero, e di violare in qualsisia maniera le leggi di Dogana, o i diritti del fisco straniero, possa o no essere giudiziariamente efficace, e se si debba invece considerare contro l'ordine pubblico ogni azione giudiziaria relativa a tale contratto.

Gli scrittori sono discordi nel risolvere la proposta questione. Pfeiffer, Delangle ed altri sostengono che nessuno Stato dovrebbe sanzionare tali contratti fatti per frodare le leggi di un altro Stato. E lo stesso dice Pothier, che mancare alla buona fede ed ai reciproci doveri, il sanzionare i contratti fatti per frodare le leggi doganali di un altro

Stato. Al contrario il Valin, l'Emerigon, il Pardessus, lo Zaccaria, il Massé, ed altri (1) opinano che nessuno Stato sia obbligato a far rispettare le leggi fiscali di un altro, e che i tribunali non debbano dichiarare inefficaci i contratti per eseguire il contrabbando all'estero.

« Il contrabbando, dice il Pardessus, è un delitto solo per i « sudditi che violano le leggi dello Stato. A tale riguardo i governi « vivono in ostilità permanente e senza favorire apertamente le intra- « prese che si propongono il contrabbando, non le proscrivono. Gli « interessi commerciali sarebbero gravemente disequilibrati, se una « nazione si proponesse scrupolosamente di proibire il contrabbando, « mentre le altre lo permettono. »

Anche il Massé considera il contrabbando come un vizio comune a tutte le nazioni, una guerra reciproca, ed un mezzo commerciale che è permesso alle une, perchè le altre lo permettono. « D'altronde, dice « egli, se i nazionali si espongono alla vendetta delle leggi straniere « ed al rischio di perdere la merce, qualora riescano ad effettuare il « contrabbando, non devono render conto di nulla ai nostri magistrati, « perchè non hanno frodato le nostre leggi. » A sostegno della sua dottrina il Massé cita due sentenze; una a proposito di un'associazione per fare il contrabbando (2), l'altra di assicurazione della nave e della merce contro il rischio e pericolo dell'illegale commercio (3).

Kent critica le decisioni dei tribunali che sanzionano i contratti fatti in Inghilterra per fare il contrabbando all'estero. « È cer- « tamente materia di sorpresa e di rincrescimento, egli scrive, che in « paesi civili come la Francia, l'Inghilterra, gli Stati Uniti, che si « distinguono per l'esatta ed irreprensibile amministrazione della giu- « stizia, il commercio di contrabbando fatto col proposito di eludere « le leggi e gli ufficiali di un governo straniero sia favorito, e spesso

---

(1) VALIN, *Comm. ord.* 1681, art. 49, titre *Des assur.*; EMERIGON, *Traité des assur.*, cap. VIII, § 5; PARDESSUS, *Droit comm.*, n° 1492; ZACCARIA, *Droit civil;* AUBRY e RAU, § 31, n° 4, nota 57; MASSÉ, *Droit. comm.*, n° 568. Confr. SCHAEFFNER, n. 89; STORY, § 245; Kames, *On equity principles*, 3ᵉ ch. VIII, § 1.

(2) Cass. fr., 25 août 1835 (*Dev.* 1835, 1, 673.

(3) Cass. fr., 25 mars 1855.

« incoraggiato dai tribunali. *The principle does no credit to the com-* « *mercial jurisprudence of the age* » (1).

174. A noi pare che i contratti fatti per frodare le finanze di uno Stato e per violare le sue leggi si debbano considerare come illeciti, e contro l'ordine pubblico principalmente per lo Stato le di cui leggi si vogliono violare. Per gli altri Stati poi si deve considerare contro la buona fede, e contro i principi della giustizia naturale il dichiarare giudiziariamente efficaci tali contratti, e l'ammettere le azioni giudiziarie per costringere la parte, che non voglia adempierli, a fare ciò.

L'obbligo che incombe a qualunque persona, che voglia esercitare il commercio in un paese, si è quello di rispettare le leggi che in esso siano in vigore, e il proporsi di non violarle è un obbligo giuridico, il quale dev'essere come tale riconosciuto in tutti i paesi. In conseguenza, se la violazione delle leggi straniere non può essere materia lecita di contratto, il costringere chicchessia ad eseguire l'impegno assunto di violarle si deve considerare contro l'ordine pubblico, essendo che sarebbe contro di questo il dichiarare valida un'obbligazione fondata sopra una causa illecita.

I contrari dicono che il contrabbando è un delitto solo di fronte agli interessi dello Stato, che lo ha dichiarato tale per ragioni fiscali, ma che dev'essere reputato un fatto indifferente per tutti gli altri Stati, per lo che il magistrato non può colpire di nullità l'obbligazione derivante da un fatto giuridico, che è un fatto indifferente secondo legge del suo proprio paese.

Dobbiamo osservare innanzi tutto che ci pare più esatto il concetto di Beccaria, a seconda del quale il contrabbando deve essere considerato come un furto fatto al Principe o meglio allo Stato (2). Noi non vogliamo dire che il contrabbando non sia un fatto indifferente di fronte a tutti i Governi stranieri, ma non possiamo dire nello stesso modo che possa essere parimente reputato un fatto indifferente la violazione diretta di una legge straniera. Il magistrato, che costrin-

---

(1) Il principio non fa onore alla giurisprudenza commerciale dei nostri tempi. KENT, *Comm.*, lect. 48.

(2) BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 31.

gesse la parte obbligata ad adempiere al contratto, la costringerebbe a violare la legge straniera, cosa la quale sarebbe evidentemente contraria ai principii d'ordine pubblico e alle istituzioni sociali.

175. Dobbiamo anche a riguardo del contrabbando ripetere la riserva fatta innanzi, che cioè, se esso sia stato già eseguito, e le parti abbiano adito i tribunali a fine di fare regolare da essi le loro ragioni, come sarebbe ad esempio per ripartire fra di loro i lucri fatti mediante il commercio di contrabbando, o pel pagamento del premio di assicurazione della nave assicurata contro il rischio e pericolo dell'illegale commercio, e via dicendo, dovrà valere anche in questo caso la regola posta da Ubero, che cioè non sarebbe contro l'ordine pubblico il conoscere delle conseguenze del fatto consumato, perchè il debitore non *tam contractu, quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet* (1).

In conformità fu deciso dal tribunale di Marsiglia, che la convenzione tra uno straniero e un francese per spedire in frode alla dogana francese mercanzie che erano state a lui vendute in Francia, non era illecita rispetto allo straniero, in modo da negare allo stesso qualunque azione in giudizio per contese relative a detta convenzione. Se in queste circostanze il commissionario francese per timore di perquisizioni per parte della dogana avesse depositate le mercanzie di contrabbando nelle mani di un terzo, che le avesse poi stornate, sarebbe tenuto, come se avesse consegnato le mercanzie per suo proprio conto, a pagarne l'importo al suo corrispondente (2).

---

(1) Loc. cit.
(2) Marseille, 17 janv. 1856 (F... c. L...), *J. de Mars.*, 34, 1, 43.

§ 7°.

Dell'interpretazione degli atti e dei contratti.

176. Si determini l'oggetto dell'interpretazione nei rapporti internazionali. — 177. Regola generale. — 178. È importante determinare l'intenzione delle parti. — 179. Come possa riuscire dubbiosa l'intenzione. — 180. Come si deve determinare la misura se il suo valore sia diverso secondo la legge dei diversi paesi. — 181. Dell'interpretazione di un contratto concluso per lettera. — 182. Interpretazione del valore della moneta indicata. — 183. Clausola dei testamenti.

176. Passiamo ora ad esporre le regole opportune ad eliminare le oscurità ed ambiguità, che possono derivare dall'espressioni adoperate in un contratto o in un atto fatto in un paese, e che debba poi essere eseguito in un paese diverso.

Quando il dubbio derivi da che l'espressioni adoperate non abbiano di per sè stesse un significato certo e determinato, o quando per la costruzione ed il contesto riescano oscure ed equivoche, bisognerà tener conto delle regole generali d'interpretazione dei contratti, nè questo è il luogo di occuparci di esse. Molti precetti a tale riguardo si trovano nel diritto romano. In esso è detto, che la convenzione deve interpretarsi contro colui che stipula, se si tratti di una stipulazione (1) contro il venditore o contro il proprietario, se si tratti di una vendita o di una locazione (2), e ciò per la generale considerazione che la parte più interessata a prevenire ogni dubbio con la chiara e precisa redazione del patto deve imputare a sua negligenza o a mala fede, se non abbia posto ogni cura onde prevenirlo (3). Lo sviluppare però queste e le altre regole ci condurrebbe fuori del nostro campo. Noi dobbiamo occuparci invece di quei casi, nei quali l'espressioni adoperate, benchè chiare di per sè stesse possono avere non per tanto un

(1) L. 27, *De reb. dub.* (XXXIV, 5); L. 38, § 18; L. 99 pr., *De verb. oblig.* (XLV, 1).

(2) L. 39, *De pactis* (II, 14); L. 21, 33, *De contr. emt.* (XVIII, 1); L. 172 pr., *De reg. jur.* (L. 17).

(3) Savigny, *Traité du droit romain*, vol. VIII, § 374.

significato diverso nei due paesi, vale a dire in quello del debitore e in quello del creditore: in quello del luogo in cui contrattarono: e in quello del luogo in cui il contratto dev'essere adempiuto. Siccome nei contratti conclusi tra stranieri i diritti e gli obblighi reciproci del creditore e del debitore derivano (entro la cerchia in cui può valere l'autonomia) dalla loro intenzione nell'obbligarsi, così occorre di determinare questa desumendola dal valore giuridico dell'espressioni a seconda della legge. Ora, supposto che codesto valore giuridico sia diverso secondo le diverse leggi, alle quali le parti abbiano potuto riferirsi, diviene necessario di accertare la loro intenzione, anche quando l'espressioni siano chiare e certe.

Wächter riporta il seguente esempio. Una Compagnia di assicurazione di Lipsia aveva stampato nel suo statuto, eccetto il caso, in cui il sinistro risulti da un ammutinamento. Verificatosi un incendio comunicato da persone in rivolta, sorse la questione (la legge Sassone essendo diversa da quella del luogo in cui il sinistro era accaduto) se era il caso dell'ammutinamento, e se il concetto giuridico di esso, doveva essere determinato applicando quella legge, o questa.

177. In questi e simili casi non basta applicare la regola: *in contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis* (1), la quale vale per le clausole oscure ed ambigue, ma si deve piuttosto tener conto dell'altro precetto: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari oportet* (2), perchè nel fatto la questione si riduce a determinare il valore giuridico di un'espressione per sè stessa chiara e certa.

178. Poichè nei contratti tutto dipende dalla volontà delle parti, l'intenzione di esse nei casi dubbi dev'essere determinata tenendo conto della natura dell'obbligazione, della situazione dell'oggetto, dell'esecuzione e delle circostanze. Si deve quindi desumere da tutte queste cose, se le parti abbiano voluto appropriarsi il linguaggio del luogo in cui sia seguita la stipulazione: o quello del luogo fissato per l'esecuzione

(1) Pothier, *Oblig.*, n. 95; Merlin, *Répert.*, *Convention*, § 7, L. 54, Dig. *De regul. jur.* (L. 17).
(2) L. 219, Dig. *De verborum signif.* (L. 16).

della obbligazione: o quello del domicilio del debitore. La regola di diritto romano *quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire* (1), può valere in generale, quando dalle circostanze si possa presumere, che le parti abbiano voluto appropriarsi il linguaggio del luogo, in cui sia seguita la stipulazione (2).

179. Vi sono però casi, in cui si può a buon diritto dubitare dell'intenzione delle parti, e quindi la regola non trova applicazione.

Supponiamo, per esempio, che sia venduto un fondo situato in un paese straniero, e che il prezzo sia specificato per ara o per acro: se l'estensione di terreno corrispondente alla misura indicata sia diversa nel luogo della stipulazione ed in quello della *rei sitae*, può sorgere il dubbio, se per accertare il significato di quell'espressione di per sè stessa chiara debba applicarsi l'una o l'altra legge. Le opinioni dei giuristi e le decisioni dei tribunali sono diverse. Alcuni opinano che debba preferirsi la *lex loci contractus*, altri la *lex rei sitae* (3). La seconda opinione conta un numero maggiore di autorità. *Si res immobiles*, dice il Voet, *ad certam mensuram debeantur, et ea pro locorum diversitate varia sit, in dubio solvi debent juxta mensuram loci in quo sitae sunt* (4), ed il Molineo: *Stantibus mensuris diversis, si fundus venditur ad mensuram, vel affirmatur, vel mensuratur, non continuo debet inspici mensura quae viget in loco contractus, sed in dubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri et tradi et executio fieri* (5).

A noi pare che la misura considerata come estensione formi parte dell'oggetto del contratto, perchè denota veramente il *quantum*

---

(1) L. 31, § 20, Dig. *De aedilitio aedict.* (XXI, 1).

(2) *Consuetudinem regionis sequimur*, dice GOTTOFREDO, *et ideo conducere concedere contrahere et quidvis agere pro more regionis in dubio, praesumitur. Nam sicut natura non separatur a subiecto, ita nec a consueto. Quod est de consuetudine habetur pro pacto* (*Ad Pand.* L. 34, *de reg. jur.* L. 17).

(3) BOULLENOIS, *Observ.* 46; BURGE, *Comm. on colon. and foreign law*, Pt. 2ª, ch. 9.

(4) WOET, *De statutis*, lib. XLVI, tit. 3, n. 8; CHOPPINI, *Opera de feudis* T. 2, L. 2, tit. 3, n. 10; BURGE, *Comment*, Pt. 2ª, ch. 9.

(5) MOLINES, *Comm. ad Cod.*, lib. I, tit. I, l. 1; tomo III, *Conc. de statut.*

in obligatione est. Al modo di esecuzione appartiene soltanto il misurare e come si deve misurare.

Ammettiamo non pertanto, che in massima debba ritenersi che l'intenzione delle parti contraenti si sia riferita alla legge del luogo in cui la cosa si trovava, quando intorno ad essa contrattarono, perchè da essa non potevano scompagnare l'estensione: nè di essa valutare l'estensione, che in conformità della legge del luogo, in cui la medesima si trovava. Accettiamo quindi la dottrina del Woet e del Molineo, perchè ci pare la più ragionevole nei casi ordinari, tanto più perchè tale opinione accettata dal Boullenois trova un valido sostegno nell'autorità di Savigny (1), ed è stata pure accettata da Wharton (2).

Abbiamo detto però nei casi ordinari, perchè ve ne possono essere di quelli nei quali, per le circostanze debba presumersi diversamente.

180. Supposto, ad esempio, che il contratto di vendita sia stipulato nel domicilio delle parti, in tal caso si dovrà con più ragione presumere, che esse abbiano adoperato il linguaggio a loro più famigliare, e che abbiano voluto parlare della misura adoprata nel loro paese, non di quella adottata nel luogo in cui la cosa era situata. Anche quando una sola delle parti fosse domiciliata nel luogo in cui il contratto fosse stato stipulato, si dovrebbe presumere che essa avesse voluto usare il linguaggio ad essa più famigliare, e se dalle circostanze risultasse che lo straniero avesse conosciuto il linguaggio del luogo, e che se lo fosse appropriato, non sarebbe giusto di determinare la misura a norma della *lex rei sitae,* ma si dovrebbe piuttosto preferire la *lex loci contractus* per determinare l'estensione corrispondente alla misura indicata.

Per le cose mobili può ritenersi ben fondata l'opinione di coloro che ammettono, che la misura debba essere fatta secondo la legge del luogo destinato per la loro consegna.

La misura infatti è un atto distinto dalla vendita, e siccome si deve considerare come un modo di esecuzione, e non può scompagnarsi

(1) Savigny, *Opera citata,* vol. 8, § 374.
(2) Wharthon, *Conflict of Laws,* § 437.

dal rapporto che essa ha con la consegna, così si deve ammettere la giusta presunzione che le parti si siano riferite alla legge del paese, in cui le merci dovevano essere consegnate.

181. Quando il contratto sia stato concluso per lettere, si deve prendere in considerazione la legge e la consuetudine del luogo, in cui dimori quello che abbia scritto la prima lettera, perchè si presume, che scrivendo abbia voluto adoperare il linguaggio, che gli era più familiare. Quindi se un mercante spagnuolo offrisse ad un americano una partita di merci pel valore di tante piastre, si dovrebbe intendere che avesse voluto parlare della piastra corrente nella Spagna, e non di quella corrente in America.

182. Circa la moneta, con la quale dev'essere pagato il prezzo convenuto, può sorgere il dubbio, quando il valore reale di essa sia diverso nel luogo della stipulazione ed in quello in cui il pagamento sia domandato. Il Toullier (1) pone il caso di un tedesco, che venda ad un olandese un suo fondo di terra per 2000 fiorini senza determinare, se intenda parlare del fiorino corrente in Germania, o di quello corrente in Olanda, il quale ha un valore diverso, e dice che il valore del fiorino dev'esser quello corrente nel luogo del contratto. Questa è pure l'opinione dello Story e del Burge (2), e noi l'accettiamo, quando però nel contratto stesso non sia stato designato il luogo del pagamento. Se un fondo di terra situato in Giammaica sia venduto in Inghilterra per 20 mila lire senza specificare il valore corrente, essendovi la differenza dell'8 °/o tra la lira sterlina inglese e quella corrente in Giammaica, il venditore può pretendere che il compratore gli paghi 20,000 lire sterline, valore corrente in Inghilterra, che corrispondono a 28,000 lire, valore corrente in Giammaica. La ragione è perchè si deve presumere che il prezzo debba essere pagato nel valore corrente nel luogo del contratto, non in quello dove sia posta la cosa (3), ammenochè dalle circostanze non si possa presumere un'intenzione contraria. Ma se nel contratto sia stato designato il luogo del pagamento, questo dovrà farsi nel

---

(1) TOULLIER, t. VI, n. 319.

(2) STORY, *Conflict of Law*, § 271; BURGE, *Comm.*, Pt. 2ª, ch. 9.

(3) Confr. PARDESSUS, *Droit comm.*, n. 1492.

valore corrente in quel luogo, perchè si deve presumere che a quello le parti si sieno riferite. *Aestimatio rei debitae*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus* (1).

Il principio esposto si applica ai pagamenti a qualunque titolo.

183. Le clausole dei testamenti, che possono avere un significato diverso nel luogo in cui l'atto sia stato fatto, e in quello in cui esista la cosa, si devono interpretare secondo la legge del testatore, perchè si presume che egli si sia riferito alla legge ed alla consuetudine della sua patria. *Quando verba sunt ambigua tunc inspicimus quid testator senserit* (2).

Non ci dilungheremo a dare altre regole d'interpretazione, perchè in verità non si possono stabilire principii generali, ma si deve in ciascuna specie ricercare la verosimile intenzione delle parti. Alcuni scrittori, e tra questi lo Story, hanno dato alle questioni d'interpretazione tanta estensione da comprendere moltissime controversie sul diritto delle obbligazioni. È vero che tutto si può ridurre a questione d'interpretazione, ma con pregiudizio del metodo e della distribuzione scientifica della materia.

§ 8°.

Della prova delle obbligazioni.

184. Si determina l'oggetto della trattazione. — 185. La prova forma parte integrante della convenzione. — 186. L'ommissibilità della prova deve dipendere dalla *lex loci contractus*. — 187. Si combatte l'opinione di coloro che vorrebbero applicare la *lex fori*. — 188. Come il giudice deve valutare le prove. — 189. Dell'attendibilità della prova testimoniale. — 190. Della necessità della scrittura per l'acquisto dei diritti sugl'immobili. — 191. Rispetto ai contraenti della stessa patria devono valere regole diverse.

184. La prova delle obbligazioni contratte in paese straniero è soggetta ai principii generali relativi alla materia per quello che concerne l'onere di dare la prova dei fatti dedotti in giudizio.

---

(1) Everhard, *Consil.*, 78, n° 9; Burgundus, *Tract.* 4, n° 29.

(2) Sandé, *Comm. de reg. jur.*, 1, 9.

Le prove hanno inoltre attinenza col diritto di procedura in quanto esse sono in rapporto con l'istruzione del processo e con l'ordinamento del giudizio, e sotto questo rispetto devono essere rette dalla *lex fori*, la quale deve regolare tutte le forme del procedimento, *ordinatoria litis*. Noi non dobbiamo in questo luogo occuparci di esse sotto tale rispetto. Dobbiamo invece considerarle in quanto sono ordinate a stabilire il diritto controverso, ed il fondamento della decisione, *decisoria litis*.

185. Il giudice deve decidere a norma del diritto accertato e stabilito mediante la prova data. Ora siccome la prova sotto tale rispetto è un elemento integrante dell'obbligazione, nel senso che il valore giuridico di essa dipende dalla prova, la quale tende a stabilire giudiziariamente la verità dell'obbligazione, e a dare al giudice il motivo per decidere in merito o in diritto circa la controversia, così dev'essere retta dalla legge stessa, alla quale deve rimanere soggetto il contratto, o il fatto giuridico da cui l'obbligazione derivi.

Giova infatti di considerare, che quando le parti assumano volontariamente un'obbligazione sotto la tutela della legge, o mediante una convenzione, o ponendo un fatto giuridico da cui per disposizione di legge derivi un'obbligazione, acquistano tutti i diritti ad esse attribuiti dalla legge vigente nel luogo, in cui l'obbligazione sia nata. Tutti i diritti acquisiti dalle parti sotto la tutela della legge devono essere riconosciuti e garantiti dovunque, salvo il caso soltanto delle limitazioni fondate sull'offesa al diritto pubblico territoriale ed all'ordine pubblico, come è stato già detto innanzi. Ora riesce chiaro, che si deve pure considerare come un diritto acquisito dalla parte quello di stabilire l'esistenza giuridica dell'obbligazione mediante i mezzi di prova riconosciuti dalla legge del luogo in cui l'obbligazione sia nata.

186. Il magistrato chiamato a decidere a riguardo del diritto controverso deve fondare la sua decisione sulla prova data, e qualora egli volesse escludere questo o quel mezzo di prova, attenendosi alla legge del suo paese, arriverebbe così a disconoscere i diritti legittimamente acquistati dalle parti. Queste in vero contrattando non potevano riferirsi ad altra legge per stabilire l'esistenza giuridica delle loro reciproche obbligazioni, che a quella vigente nel luogo in cui si obbligarono.

Esse dovevano uniformarsi alla medesima per decidere, se per constatare giuridicamente la loro convenzione era o no richiesto l'atto scritto: e se era indispensabile la scrittura pubblica o sufficiente l'atto privato: o se invece poteva bastare di constatare i loro diritti e le loro obbligazioni mediante la prova testimoniale: o se potevano invece valersi della facoltà di risolvere ogni controversia deferendo il giuramento decisorio. Qualora si volesse negare ad esse il diritto di stabilire l'esistenza dell'obbligazione attenendosi alla legge, alla quale si fossero assoggettate nel contrattare, questo equivarrebbe evidentemente a ridurre al nulla i diritti da esse legittimamente acquistati.

Concludiamo quindi, che i mezzi di prova delle obbligazioni devono essere determinati a norma delle leggi, a cui dev'essere soggetto il fatto giuridico da cui l'obbligazione derivi.

187. Contro questa opinione vi è chi osserva, che, siccome la prova ha per scopo di convincere il giudice, ed esso non può trarre il suo convincimento, che dagli elementi a tal uopo riconosciuti efficaci dalla legge del suo paese, così lo stesso deve limitarsi a prendere in considerazione le prove ammesse a norma della *lex fori*, e se questa non concede l'azione o la protezione ad una pretesa convenzione, se non quando la prova di essa sia fornita con un dato mezzo, il medesimo non può trarre il suo convincimento da elementi diversi da quelli riconosciuti da tale legge (1).

Codesta teoria non è al certo ben fondata in diritto, e basta infatti di considerare, che essa tende ad elevare a massima, che le parti che contrattano, e che devono sapere con certezza, quali siano i mezzi legali per constatare l'esistenza dei fatti giuridici, che esse hanno interesse di stabilire, devono riferirsi alla legge del luogo, in cui per avventura potrebbe accadere, che dovessero contendere intorno ai loro diritti, mentre che il luogo del giudizio nelle obbligazioni personali non si può ritenere sempre fissato assolutamente e con certezza nel momento del contratto.

Il magistrato straniero, al quale le parti domandino la sanzione

(1) Mittermayer, *Archivii della Giurispr. civ.*, vol. XIII, pag. 315 e seg.

giudiziaria della loro convenzione, deve al certo negare a questa la protezione della legge, quando il riconoscerla importi offesa e lesione della legge territoriale, ma siccome questa non deve regolare la validità e la sostanza dell'obbligazione nata sotto l'impero di legge diversa, così non deve regolare l'esistenza giuridica dell'obbligazione stessa. Concludiamo che il giudice non può decidere in merito attenendosi alla legge del proprio paese quanto ad ammettere o rigettare i mezzi di prova, ma deve invece riconoscere, che le parti obbligandosi intesero di stabilire l'esistenza della loro obbligazione valendosi di tutti i mezzi consentiti ed autorizzati dalla legge sotto di cui si obbligarono.

Applicando gli esposti principii ne segue, che per decidere se i libri di Commercio ad esempio tenuti in una certa maniera possano o no far fede in giudizio: se sia necessaria la prova letterale: e se questa si debba considerare in ogni caso superiore ad ogni altra prova: ed in generale quanto concerne l'ammissibilità e l'attendibilità delle prove idonee a stabilire l'esistenza dei fatti giuridici, e le modificazioni che possono aver ricevuto, tutto deve dipendere dalla legge del luogo in cui tali fatti siano stati posti in essere.

188. Una grave difficoltà a tale riguardo può sorgere rispetto alla ammissibilità e alla attendibilità della prova testimoniale contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti. Le leggi positive sono diverse, considerando alcune la prova scritta come superiore ad ogni altra prova, e contro della quale non può avere efficacia la prova testimoniale, altre ammettendo il principio diverso sopratutto nelle materie relative al commercio. Ora non ci sembra, che le regole da noi date al riguardo della ammissibilità delle prove possano estendersi senz'altro all'attendibilità di esse.

L'ammissibilità della prova testimoniale è coordinata infatti colla formazione del vincolo giuridico, e colla sua esistenza legale, mentre che l'attendibilità di essa, quando sia dedotta contro il contenuto in atto scritto, attiene all'ordine del giudizio ed al valore della prova, non solo nell'interesse delle parti, ma per tutelare altresì i diritti dei terzi, i quali potrebbero essere frustrati, se avendo fatto assegnamento su quanto risultasse all'atto scritto, fossero poi sorpresi dalle prove contrarie date mediante testimoni.

Ora noi riteniamo, che siccome l'attendibilità della prova interessa le leggi di ordine pubblico ogni qualvolta i terzi siano in causa, così non possiamo concedere che si possa imporre al giudice di attenersi alla legge straniera, anche per quello che concerne il valore delle prove e l'attendibilità di esse.

189. Un'altra riserva dobbiamo pure fare ai principii esposti, rispetto cioè all'efficace acquisto dei diritti sugl'immobili, pei quali può in certi casi essere indispensabile di attenersi alla *lex rei sitae*. Così, ad esempio, deve dirsi degli atti o contratti, che a norma dell'art. 1314 del Cod. civ. it. devono essere fatti per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità (1). Anche quando codesti atti fossero fatti in paese estero, non si potrebbe constatare l'esistenza legale di essi, se mancasse l'atto scritto.

190. Si può dire a rigore, che questo veramente non modifichi i principii, perchè altra cosa sono i mezzi di prova propriamente detti, e dei quali abbiamo parlato innanzi, i quali sono richiesti per constatare l'esistenza di un negozio giuridico, ed altra sono gli elementi sostanziali del negozio giuridico stesso. La scrittura è richiesta dalla nostra legge non già per dare la prova del negozio giuridico, ma bensì per l'esistenza di esso, nel senso cioè che non può esistere, ad esempio, trasferimento efficace della proprietà di un immobile esistente nel territorio italiano, se il consenso non sia prestato con atto scritto, e

---

(1) L'art. 1314 Cod. civ. così dispone: « Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità,

« 1° Le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato;

« 2° Le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto;

« 3° Gli atti di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti,

« 4° I contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni;

« 5° I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni,

« 6° Gli atti che costituiscono rendite sì perpetue come vitalizie;

« 7° Le transazioni;

« 8° Gli altri atti specialmente indicati dalla legge ».

siccome questa è una delle disposizioni, che conduce a tutelare il diritto sociale, così non potrebbe essere mai il caso di riferirsi alla legge straniera dalla nostra dissimile, come se si trattasse di dare la prova di un negozio giuridico legalmente posto in essere sotto l'impero di essa.

191. Un'ultima osservazione dobbiamo finalmente fare a riguardo di quello che si riferisce ai mezzi di prova, che, cioè, qualora le parti fossero stranieri appartenenti allo stesso Stato, e dalle circostanze risultasse che, contraendo all'estero si fossero riferiti alla loro legge nazionale, bisognerebbe applicare questa per l'ammissibilità della prova, perchè avendo l'atto o il fatto giuridico avuto vita sotto l'impero di codesta legge sarebbe mestieri di desumere da essa il criterio dell'ammissibilità di una data prova, così come da essa dovrebbe desumersi il criterio per decidere circa la sostanza dell'obbligazione e quanto attenesse al decisorio.

Quello che abbiamo esposto si riferisce al negozio giuridico in sè medesimo considerato, ed all'efficacia giuridica delle prove: diremo in seguito della legge che deve regolare l'atto estrinseco redatto per attestare l'obbligazione giuridica.

§ 8°.

Dell'estinzione dell'obbligazione.

192. In quanti modi si può estinguere l'obbligazione. — 193. Legge che deve regolare il pagamento. — 194. Pagamento di una somma di denaro. — 195. Pagamento fatto con la carta-moneta. — 196. Del pagamento con surrogazione e della legge a cui è soggetto. — 197. Condizioni per la sua efficacia giuridica. — 198. Della surrogazione legale. — 199. Della rinuncia volontaria di un credito. — 200. Della remissione forzata. — 201. Opinione di Massé circa l'efficacia di un concordato tra il fallito e i suoi creditori. — 202. Osservazioni nostre. — 203. Della cessione dei beni giudiziarii. — 204. Efficacia di tale istituzione all'estero. — 205. Della novazione. — 206. Della legge con la quale si deve decidere se si sia operata la novazione, e degli effetti di essa. — 207. Nel regolare i negozi commerciali bisogna essere cauti per non dar luogo a novazione. — 208. Estinzione dell'obbligazione per l'impossibilità fisica o morale della prestazione. — 209. Estinzione *ope exceptionis*, rinvio.

192. Il fatto giuridico col quale si estingue direttamente e completamente l'obbligazione è l'esatta prestazione della cosa dovuta. *Solutio*

est praestatio ejus quod in obligatione est. L'estinzione può dipendere altresì da un fatto qualunque che liberi il debitore, o annientando *ipso jure* il diritto del creditore, o facendo nascere un diritto contrario da parte del debitore *ope exceptionis*. In diritto romano la parola *solutio* è adoperata anche in questo significato: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam.*

Il pagamento, la rinuncia volontaria del credito, la novazione, il mutuo dissenso, la confusione, devono noverarsi tra le cause che estinguono tanto l'elemento civile quanto l'elemento naturale dell'obbligazione di fronte a qualunque persona che vi possa avere interesse. La remissione forzata del debito, la compensazione, la nullità o la rescissione pronunziata dal magistrato, la prescrizione, estinguono sempre l'elemento civile dell'obbligazione, ma non sempre quello naturale. Noi parleremo solamente di quei modi di estinzione che possono far nascere conflitti di legislazione.

193. In generale la *solutio* considerata come modo di estinguere l'obbligazione, è regolata dalla legge del luogo destinato per l'adempimento dell'obbligazione medesima. Quindi tutte le quistioni a riguardo del luogo con cui dev'esser fatto il pagamento; rispetto alla qualità delle cose che possono essere pagate; circa alle persone alle quali il pagamento può essere fatto, affinchè il debitore si possa dire valevolmente liberato; quanto agli effetti del pagamento con surrogazione; ai casi nei quali il debitore può essere autorizzato a liberarsi mediante deposito preceduto da offerta reale; alla forma di tali atti, devono essere regolate dalla *lex loci solutionis.*

194. Quando il debitore è tenuto a pagare una somma di denaro, il pagamento dev'essere fatto in moneta d'oro o d'argento avente corso nel luogo e nel tempo in cui il pagamento è effettuato, e ciò secondo il valore nominale di codesta moneta in quel dato momento. È questo un principio che serve per distinguere nei cambii e nelle contrattazioni due fatti e due termini separati; la fissazione del prezzo cioè, che è lasciata alla libertà dei contraenti, e il pagamento del prezzo convenuto, il quale cade sotto l'impero della legge del luogo, in cui deve essere effettuato. È la legge che fissa il corso legale del danaro, come valore legalmente riconosciuto nel cambio di tutti gli altri prodotti e di tutti

gli altri valori. Quindi se tra la creazione dell'obbligazione e il tempo del pagamento il valore del denaro avesse subito variazioni in più od in meno, il debitore dovrebbe sempre, malgrado di esse, pagare la somma numerica dovuta secondo l'obbligazione. Questa regola che è fondata su motivi d'interesse pubblico, non può essere violata con convenzioni in contrario.

Questo principio non vale quando sia stato espressamente pattuito, che il pagamento debba essere fatto in una determinata specie e quantità di moneta d'oro e d'argento: o nella specie e quantità di monete d'oro o d'argento somministrate: o che debba farsi in moneta straniera. In questi casi, quando il valore intrinseco delle monete venisse a cambiare: o quando fossero messe fuori di corso: o non fosse possibile di procurarsele nel luogo in cui dovesse essere effettuato il pagamento, il debitore potrebbe pagare colle monete aventi corso legale, ma sarebbe sempre tenuto a rendere l'equivalente del valore intrinseco che le monete avevano al tempo in cui furono mutuate, o l'equivalente al valore del cambio, se la specie fosse stata dinotata con una moneta straniera (1).

195. Qualora, nell'intervallo tra il giorno dell'obbligazione e quello del pagamento, alla moneta metallica fosse stata sostituita la carta-moneta, o fosse stato dichiarato obbligatorio il corso dei biglietti di banca, potrebbe sorgere la questione, se il debitore potesse considerarsi validamente liberato pagando colla moneta, che avesse corso forzato nel luogo in cui dovesse essere effettuato il pagamento.

Il Pardessus opina, che quando il creditore e il debitore siano stranieri, o quando il debitore sia cittadino e il creditore straniero, non si debba tener conto della denominazione legale all'epoca del pagamento, ma del valore intrinseco della moneta all'epoca della convenzione. « Quando, dice egli, Pietro spagnuolo ha promesso di pagare a Paolo francese 500 piastre, Paolo ha inteso di ricevere un dato numero di pezzi metallici contenente una data quantità d'argento, e il suo calcolo si è fissato naturalmente sul valore della moneta che esisteva nel giorno

(1) Vedi Zaccaria, § 318; Massé, *Droit comm.*, n. 610 e seg.; Merlin, Quest. *Payement;* Toullier, t. VII, 54; Dalloz, *Jur. génér.*, *Obligations.*

della convenzione. Egli non può esser tenuto a prestar fede al governo spagnuolo e a credere che per un suo ordine una carta stampata su cui è scritto *Buono per 500 piastre*, abbia realmente tale valore » (1). Questa è pure l'opinione del Massè (2). Entrambi però opinano che il francese non possa agire contro il suo debitore nella Spagna, e che i tribunali non lo possano condannare a pagare in moneta diversa, ma sostengono che il francese possa citare il suo debitore in Francia e farlo condannare a pagare in moneta francese una somma eguale al valore del metallo che contenevano le 500 piastre all'epoca del contratto.

Non possiamo accettare tale opinione perchè contradice un principio incontrovertibile, il quale ammette, che tutto ciò che si riferisce al *modus solutionis* debba essere regolato dalla legge del luogo, in cui il pagamento deve esser fatto. Alla libertà dei contraenti infatti è lasciata la determinazione dei valori, e la fissazione del prezzo, ma il *modus solutionis* dei crediti già prima estimati, e dei prezzi già prima fissati è assoggettato alla legge del luogo del pagamento. Quindi se per ragioni d'interesse pubblico la legge disponesse, che i biglietti di banca dovessero essere dati e ricevuti nei pagamenti come denaro contante, pel loro valore nominale, nonostante qualunque disposizione di legge o patto in contrario, il creditore non potrebbe ricusarli o rinvilirne il prezzo. Nè varrebbe il dire che egli fosse straniero, imperocchè osserviamo, che egli sarebbe soggetto alla legge del luogo, in cui dovrebbe esigere, per tutto ciò che si riferisce al *modus solutionis*, e che non potrebbe derogare alle disposizioni di quella legge, che regolasse il pagamento dei crediti già prima estimati e dei prezzi prima fissati.

È vero, che questa soluzione lede in certo modo gl'interessi del creditore, il quale nel fatto riceve meno di quello che ha contato di ricevere, ma ciò non si può imputare al debitore, ma si deve bensì considerare come una delle tante eventualità, che fanno perdere al commerciante una parte dei lucri, che ha sperato di realizzare. Ad ogni modo, se lo stesso Pardessus riconosce, che il creditore non possa citare il debitore e farlo condannare dai tribunali del paese, in cui deve esi-

(1) PARDESSUS, *Droit comm.*, n. 1485 *bis*.
(2) MASSÉ, *Droit. comm.*, n. 611.

gere il pagamento, non possiamo ammettere, che possa farlo citare e condannare dai tribunali della sua patria. Se il debitore dopo il rifiuto abbia fatto l'offerta reale e il deposito con tutte le formalità richieste dalla legge del luogo del pagamento, e tali offerte sieno state giudicate valide e sufficienti a liberarlo, come equivalenti rispetto a lui al pagamento, non sappiamo a qual titolo il magistrato del domicilio del creditore possa costringere il debitore a pagare diversamente, mentre tutti gli scrittori si accordano nel sostenere che il *modus solutionis* debba essere regolato esclusivamente dalla legge del paese in cui il pagamento deve effettuarsi. *Aestimatio rei debitae*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu liberatio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus. Ut videlicet inspiciatur valor monetae qui est in loco destinatae solutionis* (1).

196. A riguardo del pagamento fatto con surrogazione stimiamo opportuno di notare che in qualunque luogo essa sia consentita o dal creditore senza l'intervento del debitore, o da questo senza l'assenso del creditore, i suoi effetti sono retti sempre dalla legge che abbia regolato *ab initio* l'obbligazione primitiva, e la sua esecuzione. La ragione è, che il pagamento con surrogazione non importa novazione. Esso infatti consiste in una finzione giuridica ammessa o stabilita dalla legge, in virtù della quale si ritiene, che un'obbligazione estinta per mezzo del pagamento effettuato da un terzo, o dal debitore coi denari di un terzo, continui a sussistere a vantaggio del terzo, che è autorizzato ad esercitare i diritti e le azioni dell'antico creditore. Per finzione giuridica dunque l'antico e il nuovo creditore formano una sola persona, e quindi i diritti o le azioni, che egli può esercitare, devono determinarsi secondo la legge, che abbia regolato *ab initio* l'obbligazione primitiva e la sua esecuzione.

Questo principio deve applicarsi anche quando la surrogazione sia stata consentita da un creditore straniero, così se il creditore sur-

---

(1) EVERHARD, *Consil.*, 78, n. 9. Confr. TOULLIER, t. VI, n. 587; TROPLONG, *Du prêt.*, n. 243; P. VOET, *De statut.*, § 9, 12, 15; VINNIUS, *Ad instit.*, lib. III, tit. 15, *De mutuo comm.*, n. 12; BARTOLUS, in leg. *Paulus*, 101, *De solutionibus;* BALDUS, in leg. *Res in dotem*, 24; *De jur. dot.*; CASTRO, lib. III, *De rebus creditis;* BOERIUS, Decis. 327.

rogato sia dello stesso paese del debitore, il surrogato eserciterà tutti i diritti dell'antico creditore i quali dovranno sempre essere determinati a seconda della legge, che abbia regolato l'obbligazione del suo concittadino a vantaggio dello straniero.

197. Vogliamo notare però, che affinchè la surrogazione possa essere giudiziariamente efficace è indispensabile che il negozio giuridico non importi alcuna lesione del diritto pubblico o dei principii di ordine pubblico sanciti dalla legge del luogo, in cui si voglia far valere, secondo dicemmo innanzi. Così, ad esempio, la surrogazione benchè avvenuta in un paese straniero non può essere opponibile ai terzi in Italia, se sia fatta in un documento distinto dalla quietanza, benchè i due atti portino la stessa data. Qualunque fosse la legge del luogo in cui fosse seguita la surrogazione, si opporrebbe alla sua efficacia in Italia la disposizione contenuta nell'art. 1252: nè si potrebbe applicare il principio *locus regit actum*, perchè la surrogazione fatta con atto distinto dalla quietanza equivarrebbe a una contro-dichiarazione, e l'art. 1319 del Codice civile dispone: « Le contro-dichiarazioni fatte per privata scrittura non possono avere effetto che fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale ». Questa disposizione è assoluta, generale e proibitiva e siccome tende a tutelare gli interessi dei terzi non soltanto quello dei contraenti, così deve essere considerata tra quelli di ordine pubblico.

198. Rispetto alla surrogazione legale notiamo, che essa ha luogo di pieno diritto in virtù della legge, sotto cui si verifica il fatto; in forza del quale essa è concessa, e dev'essere riconosciuta dovunque, perchè, quantunque derivi dalla legge, essa non è una concessione, ma sibbene un diritto della parte garantito e riconosciuto dalla legge civile. Tale, per esempio, è la surrogazione che deriva di pieno diritto dal pagamento per intervento di una lettera di cambio, e la surrogazione successiva dei giratari nei diritti dei giranti contro i coobbligati, che li precedono.

In materia commerciale può elevarsi un dubbio importante a riguardo della surrogazione del commissionario, che compri la merce per conto del committente e la paghi col suo denaro. Non tutte le leggi ammettono la surrogazione di pieno diritto nel caso esposto: in

Francia, ove la surrogazione è sanzionata dalla giurisprudenza (1), i giuristi disputano, se essa derivi dalla legge e dall'art. 1251 del Codice Napoleone o dagli usi commerciali (2). Se vi sia qualche diversità fra la legge del paese del committente e quella del commissionario può sorgere la questione, se nel caso del fallimento del primo, il secondo abbia diritto di rivendicare le mercanzie vendute come lo avrebbe potuto fare il venditore. Senza occuparci di discutere, se secondo questa o quella legge vi sia surrogazione, opiniamo che è sempre secondo la legge del commissionario, che si deve decidere, se la surrogazione derivi di pieno diritto, e nell'affermativa essa deve valere, quand'anche sia diversa la legge del committente, perchè gli effetti del contratto di commissione e i diritti del commissionario dipendono sempre dalla legge del luogo, in cui la commissione sia stata eseguita (3).

199. La rinuncia in generale, mediante la quale il creditore abbandona un credito che gli appartiene, e la remissione del debito in particolare, sono tra i modi, coi quali si può estinguere un'obbligazione. Per fare o accettare una rinuncia la persona dev'essere capace a dare o ricevere a titolo gratuito, e ciò deve essere determinato secondo la legge, cui la persona sia soggetta. Gli effetti della remissione volontaria rispetto ai condebitori solidali e fidejussori sono regolati dalla legge, cui sia sottoposta l'obbligazione principale. Così, per esempio, la remissione volontaria consentita dal portatore di una lettera di cambio non modifica punto l'obbligazione solidale dei giranti e le loro azioni, che sono sempre regolate dalla legge del paese, in cui sia stata creata la cambiale, e quindi se il girante sia poi costretto a pagare pel traente, può, nonostante la remissione, agire contro di lui in conformità della legge, che regolava *ab initio* la obbligazione solidale (4). Gli atti poi sufficienti a provare la rinuncia o la remissione volontaria rispetto al

(1) Cass. francese, 14 nov. 1810, *Dev.* 3, 1, 258; ROUEN, 4 janv. 1825, *Dev.* 8, 2, 2.

(2) DELAMARRE e LEPOITVIN, *Contr. de commission*, t. 715 e seg.

(3) Vedi cap. I, n. 248.

(4) Confr. POTHIER, *Contr. de change*, n. 182; DELVINCOUR, *Droit comm.*, tit. II, p. 170; PARDESSUS, n. 314; NOUGUIER, t. I, p. 351.

debitore devono valutarsi a seconda della legge del luogo in cui era destinato il pagamento.

200. La remissione forzata può aver luogo per le obbligazioni commerciali, e in certi casi speciali che meritano particolare considerazione. Il commerciante fallito, che ottiene un concordato dai suoi creditori, è iberato rispetto ad essi fino alla concorrenza delle somme a lui rimesse, ed è tenuto per le somme ridotte. Il concordato validamente omologato è un titolo opponibile dovunque ai creditori che lo firmarono e a qualunque persona interessata. Secondo certe leggi, come per esempio la legge nostra, art. 840, e la francese, art. 516 del Codice commerciale, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori portati o non portati nel bilancio, sieno o non sieno verificati i loro crediti, e anche per i creditori residenti all'estero. Questa remissione forzata, che deriva da una disposizione della legge per quelli che non fecero verificare i loro crediti, e che perdettero il diritto di fare opposizione, vale certamente in tutto il territorio, su cui imperi la legge da cui deriva, e quindi il concordato omologato dal tribunale italiano è un titolo opponibile in Italia contro tutti creditori tanto cittadini quanto stranieri, che abbiano fatto o non abbiano fatto verificare i loro crediti. Può elevarsi il dubbio, se esso sia opponibile egualmente innanzi ai tribunali stranieri contro i creditori stranieri.

201. Il Massé sostiene la negativa, e si fonda sulle seguenti ragioni. Il concordato è un modo particolare di liberazione stabilito dalla legge civile, e non può essere opposto che fra quelli, che per la loro nazionalità siano soggetti alla stessa legge. Esso suppone, che il creditore abbandoni una parte del suo credito, e se egli non acconsente ad abbandonarlo, la legge v'acconsente per lui. Bisogna dunque, affinchè il presunto consenso possa essere opposto, che la legge in virtù della quale nasce la presunzione, obblighi il creditore, o che egli in un modo qualunque sia ad essa soggetto. Certamente un creditore straniero, che non abbia aderito al concordato non può ottenere in Francia diritti maggiori di quelli ottenuti dai creditori francesi, perchè non si possono ammettere in codesto paese due ordini di creditori e favorire gli stranieri più dei cittadini. Ma se egli cita innanzi al tribunale straniero il suo debitore, questi non può utilmente opporgli il concor-

dato, a cui egli non abbia aderito. Nello stesso modo uno straniero, che abbia dichiarato il fallimento nel suo paese, e che vi abbia ottenuto un concordato, non può prevalersene in Francia per respingere l'azione che contro lui eserciti un creditore francese (1).

Tale dottrina è stata sanzionata in Francia dal tribunale e dalla Corte Reale di Parigi (2), che decisero, che un concordato fatto all'estero e omologato dal tribunale straniero non poteva essere opposto in Francia contro un creditore francese, che non vi aveva aderito. Essa però è contraddetta in parte dal Lainné (3) e dal Rocco (4), i quali opinano, che quando il concordato sia dichiarato esecutorio dal magistrato del paese del creditore, possa essere opposto contro di lui quantunque sia stato fatto ed omologato da un tribunale straniero.

202. L'opinione del Massè non ci sembra accettabile. Primieramente non ammettiamo, che la legge del debitore non obblighi il creditore benchè straniero. È vero infatti che ciascun creditore può domandare la prestazione dovunque trovi una giurisdizione, a cui sia sottomesso il debitore, e che può accadere che il luogo, in cui l'obbligazione avrebbe dovuto essere eseguita, fosse diverso da quello in cui il fallimento venisse dichiarato: nonostante ciò, come più largamente dimostreremo a suo luogo, in caso di fallimento la giurisdizione personale deve prevalere sulla giurisdizione speciale dell'obbligazione, e se lo straniero è un creditore chirografario non può esigere il suo credito nè esercitare la sua azione personale che al domicilio del fallito (5). Avendo dimostrato come tutto ciò che si riferisce al pagamento debba essere regolato dalla legge del luogo in cui il credito sia esigibile, e come a seconda della stessa legge si debba determinare se certi atti equivalgano a rinuncia o a remissione totale o parziale, conchiudiamo che quando la legge del domicilio del fallito dispone che i creditori, i quali non hanno fatto verificare entro un certo tempo i loro crediti, si

---

(1) Massé, *Droit comm.*, n. 613.

(2) Paris, 25 fév. 1825 (Pedemonte), *Pasicr. fran.*

(3) Lainné, *Comm. analyt. sur la loi du 8 juin* 1838, p. 254, sull'art. 516.

(4) Rocco, parte 3ª, cap. 33, p. 379 (ediz. di Livorno).

(5) Confr. la mia monografia: *Del fallimento secondo il diritto internazionale privato.*

considerano come se avessero tacitamente acconsentito al concordato accettato dalla maggioranza, tale disposizione obbliga anche i creditori stranieri, i quali sono sottoposti alla legge del luògo, in cui devono e possono esigere.

Oltre a ciò, come dimostreremo a suo luogo, è nell'interesse reciproco degli Stati e del commercio, per sua natura cosmopolita, di ammettere l'unità e l'universalità del giudizio di fallimento, onde tutelare così l'eguaglianza giuridica di tutti i creditori, nonostante che la procedura relativa al fallimento, come ogni altra azione personale, non possa essere istruita che dal magistrato del domicilio del fallito, e perciò opiniamo che il concordato omologato dal tribunale del fallimento possa essere opposto contro i creditori stranieri, tanto innanzi ai tribunali del paese in cui il fallimento sia stato dichiarato, quanto innanzi ai tribunali stranieri (1).

Rispetto poi a quello che dicono il Rocco ed il Lainné, secondo i quali è necessario che il concordato, cui il tribunale del fallito concesse l'omologazione, sia dichiarato esecutorio dal magistrato del creditore straniero, perchè a questo possa essere opposto (2), osserviamo, che l'omologazione non si può al certo equiparare ad una sentenza emanata da un tribunale straniero, essendochè sia piuttosto un atto di tutela nell'interesse dei creditori, che acconsentirono al concordato o espressamente, o tacitamente e per presunzione. Essa è necessaria per elevare una convenzione privata all'altezza di un atto pubblico e vale a rendere efficace la convenzione contro i consenzienti. Non può quindi essere il caso di applicare al concordato omologato da tribunale straniero le stesse norme che per le sentenze rese dai tribunali stranieri. Lo stesso Massé dice che quando il fallimento sia dichiarato in paese straniero, ed il fallito abbia colà ottenuto un concordato omologato, non è necessario farlo dichiarare esecutorio dal magistrato francese per poterlo opporre in Francia contro i creditori francesi che lo firmarono. *Il me paraît hors de doute, que ce jugement n'a*

---

(1) Confr. la mia monografia: *Del fallimento secondo il diritto internazionale privato.*

(2) Loc. cit., p. 379; Rocco, parte II, cap. XXXIII.

pas besoin d'être rendu exécutoire en France. Le concordat est un traité volontaire entre le failli et ses créanciers, et qui par lui-même est obligatoire pour tous ceux qui y ont pris part (1). Dal che argomentiamo, che nella stessa guisa che il concordato è opponibile contro di quelli che hanno effettivamente aderito senza che sia necessario di farlo dichiarare esecutorio dal magistrato del paese del debitore, dev'essere opponibile ancora contro quelli che non aderirono espressamente, ma che per presunzione della legge si considerano come se avessero aderito. Ammessa la prima parte del nostro ragionamento non si può escludere la seconda, e perciò conchiudiamo che il concordato omologato deve essere opponibile dovunque in conformità di quello che dispone la legge sotto cui il giudizio di fallimento sia stato compiuto. Esporremo a suo luogo poi come si debba procedere affinchè il concordato possa essere opposto in un terzo paese contro i terzi dinanzi ai Tribunali (2).

203. I principii esposti circa la remissione forzata di una parte del debito che può aver luogo per le obbligazioni commerciali, non sono applicabili a certi modi speciali, coi quali un debitore non commerciante che non possa pagare i suoi debiti può liberarsi dalle azioni dei suoi creditori contro di lui. Per esempio, secondo il diritto romano e le leggi di quei paesi ove sono in vigore i principii del diritto romano, alcune persone godono il privilegio di non essere costrette all'adempimento di un'obbligazione, se non in quanto possano soddisfarvi senza rimanere prive del necessario al loro sostentamento (3). Questo privilegio chiamato *beneficium competentiae* può essere opposto da coloro che ne godono, anche dopo la sentenza (4). Tra gli altri tale benefizio è concesso al debitore di buona fede che fa la cessione dei beni (5).

---

(1) Massé, op. cit., n° 811.

(2) Vedi la mia opera: *Effetti internazionali delle Sentenze e degli Atti.* Vol. I. (Parte civile).

(3) Dig. *De re judicata et effectu sententiae*, XLII, 1; *Inst.*, § 38, *De action.*, IV, 6, L. 28, 173, *De regulis juris* (L. 17).

(4) L. 72, *De reg. jur.*, L. 41, § 2, Dig. *De re judic.*

(5) Dig. *De cess. bonor.*, XLII, 3; Cod. *Qui bonor. ced. poss.*, VII, 71, Nov. 135.

Anche il Codice Napoleone ammette la cessione dei beni volontaria e giudiziaria, la quale consiste nell'abbandono, che il debitore fa di tutto ciò che possiede, ai suoi creditori per liberarsi rispetto ad essi, o in virtù di un accordo, o coll'intervento dell'autorità giudiziaria, quando i medesimi rifiutino. Di questi due modi il secondo è vietato ai commercianti, ma vi corrisponde in gran parte un'istituzione ammessa dalla legge del 17 luglio 1856 e denotata col nome di *concordat par abandon* (1). Nella Scozia la *cessio bonorum* è ammessa in favore dei commercianti condannati al carcere, o imprigionati per debiti, i quali possono ottenere un decreto per essere liberati dall'arresto colla *cessio bonorum*, e l'autorità a ciò competente è lo *sceriffo* della contrada (2).

204. Queste e simili istituzioni accettate da altre legislazioni non hanno per effetto di estinguere l'obbligazione, ma bensì di porre un ostacolo all'azione del creditore, e limitare il suo diritto di esigere il pagamento. Secondo lo stesso diritto romano, su cui sono modellate le legislazioni moderne, la *cessio bonorum* non libera assolutamente il debitore, se non quando il creditore sia soddisfatto, essa vale però a liberare il debitore dall'arresto personale: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem* (3).

Essendo tali beneficii un favore concesso dal legislatore, non possono valere in paese straniero, quando il *forum contractus* sia diverso da quello del domicilio del debitore. Solamente quando la cessione dei beni sia volontariamente accettata dai creditori, deve essere efficace dovunque, ma se si tratti di cessione di beni giudiziaria, essa non può avere effetto in paese straniero, perchè nel fatto il debitore non è liberato. Quindi se egli è citato e condannato all'arresto personale in paese straniero, non può invocare il beneficio della legge del suo domicilio per esimersi dalla condanna.

---

(1) Codice Napoleone, art. 1265-70; MASSÉ, *Droit comm.*, n. 2186; PARDESSUS, *Droit comm.*, n. 1327.

(2) LEONE LEVI, *International comm. Law*, p. 1925.

(3) L. 1, Cod. *Qui bonis cedere possunt*, VII, 71.

205. La novazione consiste veramente nel sostituire una nuova obbligazione o un nuovo debito all'antico. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur ut prima perimatur* (1). In qualunque modo si verifichi la novazione, poichè essa importa sempre la trasformazione contrattuale di un'obbligazione in un'altra, fa cessare *ipso jure* la prima obbligazione con ogni suo accessorio, ed è retta per i suoi effetti dalla legge sotto cui si verifica, non da quella che regolava l'obbligazione anteriore, che servì di causa alla nuova obbligazione. Da ciò si deduce, che quando il creditore, che abbia consentito alla novazione, possegga la capacità richiesta in materia di rinunzia, non può pretendere di esercitare le azioni e le eccezioni o le garanzie di qualunque natura esse siano, cui aveva diritto secondo la legge primitiva dell'obbligazione, ma deve sottostare alle disposizioni della legge sotto cui consenta alla novazione, perchè sotto tale legge diventa perfetta la nuova obbligazione.

206. Secondo la stessa legge sotto la quale si sia verificato il fatto da cui si voglia far dipendere la novazione, si deve decidere, se vi sia o no novazione, e se essa, che non si presume mai, possa, sopratutto in materia commerciale, derivare dai fatti e dagli atti intervenuti tra le parti, nonostante che manchino i termini sacramentali o equipollenti. Stante ciò, ed in specie nella materia commerciale, bisogna essere molto cauti a non operare novazioni a fine di non perdere le garanzie, che si avevano secondo la legge del luogo in cui le parti si obbligarono.

207. Nelle vendite commerciali, per esempio, accade frequentemente che la merce sia venduta in un paese, ed il prezzo debba essere pagato in paese diverso. Il venditore fino al pagamento del prezzo gode tutte le garanzie e tutti i privilegi che derivano o dalla convenzione o dalla legge sotto cui il contratto divenne perfetto. Ordinariamente il compratore dà al venditore cambiali per un valore eguale al prezzo stipulato, lo che nel linguaggio dei commercianti si dice *fare il regolamento,* e accade spessissimo che la vendita sia fatta al domicilio del venditore, ed il regolamento a quello del compratore. Se tale negozio

(1) L. 1, Dig. *De novationibus*, XLVI, 2.

operasse novazione del credito primitivo, il compratore sarebbe obbligato in virtù delle lettere di cambio, e non più dell'obbligazione primitiva, e quindi il venditore non avrebbe più i diritti e le garanzie che derivano dalla vendita secondo la legge del contratto, ma solamente quelle che derivano dalle lettere di cambio, secondo la legge del luogo in cui furono sottoscritte.

Per decidere la questione se la creazione di questi nuovi titoli di obbligazione operi o no novazione, si deve applicare la legge del luogo in cui il regolamento è fatto. Generalmente, quando il venditore non rilascia quietanza sotto la fattura, o ne rilascia una condizionata, ossia subordinata al pagamento effettivo dei valori da lui ricevuti in regolamento, non vi è certamente novazione, perchè l'obbligazione primitiva non è estinta, e le cambiali, secondo dice Casaregi, *semper intelliguntur datae pro solvendo et non pro soluto*, cioè che non costituiscono un pagamento attuale, ma ne assicurano uno futuro, e perciò non liberano il debitore se non sotto condizione dell'incasso effettivo. Ma se il venditore apponesse alla fattura la quietanza pura e semplice, e dalla forma delle cambiali non risultasse che esse si riferissero alla vendita (come se, per esempio, fossero fatte per valore in conto), si potrebbe ragionevolmente sostenere che l'obbligazione del debitore dovesse essere regolata dalla legge del luogo in cui avesse sottoscritte le cambiali, perchè l'obbligazione primitiva sarebbe estinta, e il debitore sarebbe tenuto soltanto in virtù delle lettere di cambio, che esso avesse sottoscritte (1). È una gravissima questione che conviene meglio evitare, o firmando la quietanza subordinata al pagamento effettivo dei valori, o enunciando nelle cambiali che esse rappresentano il prezzo della vendita.

Uno dei casi in cui indubitatamente alla legge primitiva del contratto succede quella del luogo in cui si opera la novazione, è quello della lettera di cambio tratta da un individuo dimorante in un paese, su di un altro individuo dimorante in un altro paese, pel paga-

---

(1) Confr. PARDESSUS, n. 221; DELAMARRE e LEPOITVIN, t. II, n. 376; MERLIN, *Répert.*, voce *Novation;* Metz, 26 janv. 1854; *Dev.*, 54, 2, 743; Rej. 1 avril 1811, DALLOZ, 11, 1, 335.

mento della quale il portatore accetta la sostituzione del trattario al traente. Se il portatore della lettera di cambio accettata concede alla scadenza una proroga all'accettante, facendo sostituire una seconda accettazione alla prima senza il consenso del traente, tale sostituzione opera novazione, e gli effetti che ne derivano sono regolati dalla legge del luogo in cui la sostituzione sia stata consentita. Il traente e i giranti non sono più solidariamente obbligati col trattario secondo la legge del luogo in cui la cambiale sia stata tratta e girata, ma l'accettante viene ad assumere sopra di sè soltanto l'obbligazione, cui prima erano tenuti gli altri coobbligati, e codesta obbligazione da esso assunta deve essere retta esclusivamente dalla legge del luogo in cui la sostituzione sia stata consentita (1).

208. L'obbligazione si può estinguere quando la prestazione che ne formi materia diventi fisicamente o legalmente impossibile. In questo caso si deve tener conto della legge del luogo, in cui sia stata posta in essere l'obbligazione, onde decidere se essa si converta in un'obbligazione di danni o interessi, sia perchè l'ostacolo che si oppone all'adempimento è il risultato di una colpa imputabile al debitore, sia perchè questi è responsabile del caso fortuito o della forza maggiore per ragione di mora.

209. Pei conflitti che possono sorgere nei casi in cui l'obbligazione si estingue *ope exceptionis*, è necessario di tener conto dei principii esposti nel paragrafo antecedente (2).

---

(1) Confr. Rej., 21 mars 1808 (Cabarrus), Sirey, 8, 1, 245, *Pasicr.*
(2) Vedi il § *Sulla prescrizione estintiva.*

CAPITOLO VI.

Della legge che deve regolare la forma degli atti.

210. La regola *locus regit actum* è stata comunemente ammessa. — 211. Disparere nel precisare i limiti di codesta regola. — 212. Applicazione di essa in materia di obbligazione. — 213. Alle formalità abilitanti. — 214. Ai testamenti. — 215. Alla prova dell'atto. — 216. Alla celebrazione del matrimonio. — 217. Osservazioni nostre per precisare la portata della regola. — 218. Come essa possa essere giustificata. — 219. Disposizioni del diritto francese circa le forme degli atti. — 220. Codice prussiano. — 221. Codice neerlandese. — 222. Le regole sancite dai legislatori non valgono a determinare la portata della regola. — 223. Tale inconveniente è stato eliminato dal legislatore italiano. — 224. Si chiarisce il sistema sancito nel Codice italiano. — 225. Il sistema italiano ci sembra ad ogni altro preferibile. — 226. La regola circa le forme sancita da ciascun legislatore può essere efficace soltanto nel territorio soggetto al suo impero. — 227. Disputa circa il valore imperativo del principio *locus regit actum*. — 228. Come i cittadini e gli stranieri devono assoggettarsi alla regola che concerne la forma dell'atto. — 229. Degli atti fatti *in fraudem legis*. — 230. Se la regola *locus regit actum* possa applicarsi per decidere della necessità della scrittura pubblica o privata. — 231. Teoria di Zaccaria. — 232. Opinione di Demolombe. — 233. Dei giuristi italiani. — 234. Opinione nostra. — 235. La questione della forma privata o pubblica dell'atto non è questione di pura forma. — 236. Applicazione del principio al riconoscimento del figlio naturale. — 237. Al contratto di matrimonio. — 238. Alla donazione. — 239. Si esamini l'ipotesi che la condizione dell'autenticità non abbia potuto adempiersi. — 240. Atti fatti in Turchia. — 241. Atti fatti da un ministro straniero accreditato, nella Legazione. — 242. A quali atti si applica la regola *locus regit actum*. — 243. A chi spetta l'onere della prova. — 244. Applicazioni fatte dalla giurisprudenza.

210. La questione, che concerne la legge, alla quale la forma degli atti deve essere ritenuta soggetta, ha avuto una portata diversa nel sistema dei glossatori ed in quello dei giuristi moderni. Infatti nella teoria dei primi troviamo, come non sia stata ben distinta la controversia a riguardo delle formalità intrinseche degli atti da quella delle loro formalità estrinseche, dal che è poi derivato, che nell'applicare

le stesse regole generali, gli uni siano arrivati a conclusioni contrarie a quelle dagli altri accettate.

Tanto gli scrittori antichi quanto i moderni, sono stati tutti concordi nel sostenere, che la forma degli atti debba essere retta dalla legge del luogo in cui siano stati stipulati, e l'adagio comunissimo *locus regit actum*, per generale consenso e per costante giurisprudenza, è stato considerato come una regola di diritto internazionale. Fœlix da una lunga nota degli scrittori, i quali hanno sostenuto codesta regola (1), e molti altri sono enumerati da Story (2), da Bar (3), da Wharton (4).

211. La confusione in questa materia è solo derivata dal non essere stati, nella dottrina dei glossatori, precisati i limiti dentro i quali la regola dovea essere applicata, e dal non essere stata conseguentemente ben determinata la portata di essa. Infatti non fu ben determinato il concetto della parola *atto*, essendochè alcuni l'intendessero in maniera da comprendervi lo stesso negozio giuridico, e ritenessero che questo dovesse rimanere interamente soggetto alla legge del luogo, nel quale fosse stato posto in essere.

Paolo de Castro deve essere annoverato tra coloro, i quali considerano la regola applicabile al negozio giuridico, e alle condizioni intrinseche richieste per la sua validità, comprese anche quelle che concernono la capacità dell'autore dell'atto. Intendendo in tale maniera la regola, gli scrittori sono arrivati a confondere gli elementi, che costituiscono la sostanza dell'atto, con quelli che si riferiscono alle formalità estrinseche richieste dalla legge per la legalità di esso, e con quelli richiesti per dare la prova del negozio giuridico.

212. In materia di obbligazioni convenzionali gli scrittori, che hanno seguito la teoria di Molineo, la quale stabilisce, che la convenzione debba in tutto dipendere dalla volontà delle parti contraenti, e che debba essere perciò retta dalla legge, alla quale esse manifestamente o taci-

---

(1) Fœlix, *Droit intern. privé*, § 74.
(2) *Conflicts of Laws*, §§ 259 e segg.
(3) *Das inter. privat und-Strafrecht*, § 35.
(4) Wharton, *Conflicts of Laws*, § 676.

tamente si siano riferite, hanno fatto le più larghe applicazioni della regola *locus regit actum*, imperocchè abbiamo accettato il principio di Curzio (1), il quale ammette, che l'atto debba essere retto dalle leggi del luogo in cui sia stato fatto, perchè si deve sempre presumere, che lo straniero si sia ad esse sottomesso, e da questo essi hanno poi dedotto, che la sostanza dello stesso atto, e tutte le condizioni per la sua validità dovessero dipendere esclusivamente dalla legge del luogo in cui il medesimo fosse stato fatto.

213. Alcuni hanno pure ritenuto, che la regola delle forme dovesse essere applicata onde decidere rispetto a quelle da essi chiamate formalità abilitanti. Così hanno, ad esempio, ritenuto, che il consenso, il quale è necessario che il marito presti a fine di abilitare la moglie, di per sè stessa incapace, ad obbligarsi validamente, potesse essere considerato come una delle formalità abilitanti, e che dovesse essere retto dalla legge del luogo, in cui l'atto ad esso relativo fosse stato fatto: teoria poi vigorosamente combattuta da Baldo (2).

214. A riguardo dei testamenti sono state pure fatte molte applicazioni del principio *locus regit actum*, essendochè alcuni giureconsulti abbiano ammesso, che la regola doveva essere applicata a fine di decidere, se lo straniero poteva o no testare servendosi di una data forma di testamento, ed altri abbiano sostenuto, che tale applicazione non poteva essere fatta non distinguendo essi la questione della capacità a disporre per testamento da quella vera e propria della forma estrinseca di esso. Da ciò ne è poi conseguito, che Eichorn abbia opinato, che la regola non poteva essere applicata agli atti di una persona relativi al suo patrimonio, a cagione del dovere essi, in regola generale, essere conformi alle leggi del paese del domicilio quanto alla loro forma, e quanto alla loro sostanza, ogni qualvolta i medesimi debbono essere messi in esecuzione in tale luogo. Codesto autore trova la ragione della sua teoria nel principio dell'autonomia degli Stati, e nella regola del Digesto *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur quo ut solveret se obligavit.*

(1) CURTII, *De Statutis*, sect. IX, n° 1.

(2) BALDUS, *De statutis* v. *territorium*, n° 1; *prima super Digesta veteri. De legibus et senatus consultis.* L. *scire leges.*

215. Gli scrittori che hanno data all'antica regola *locus regit actum*, la portata più ragionevole, considerandola solo applicabile a quello che concerne la prova dell'atto, non sono riusciti nondimeno ad evitare la confusione, perchè non hanno saputo ben distinguere, quello che si riferisce alla prova del fatto giuridico, da quello che concerne le condizioni richieste dalla legge per l'esistenza giuridica del negozio. Così ad esempio opinarono, che certi atti e contratti, che a norma della legge territoriale devono essere fatti con scrittura pubblica o privata sotto pena di nullità, potessero essere validi non ostante che mancasse l'atto scritto, se fossero stati fatti in un paese ove la scrittura non fosse stata richiesta, tutto che essi si riferissero ad un oggetto esistente nel territorio dello Stato, la di cui legge richiedesse la scrittura come indispensabile per la esistenza giuridica dell'atto. Applicando in tale maniera la regola *locus regit actum* non sono mancati in Italia giureconsulti (1), i quali sono stati d'opinione, che il trasferimento della proprietà di un immobile esistente nel territorio italiano potesse essere valido senza la scrittura, se il contratto fosse stato concluso all'estero, ove le leggi ammettessero potersi fare anche verbalmente il contratto di vendita di un immobile nonostante che la legge nostra, a norma di quanto il legislatore sancisce nell'articolo 1314 del Codice civile, richieda la scrittura come indispensabile per l'esistenza giuridica di una vendita di un immobile.

216. Non è questo il luogo, nel quale convenga di esporre le inesatte applicazioni, che sono state fatte dagli scrittori e dalla giurisprudenza della regola *locus regit actum* anche a riguardo della celebrazione del matrimonio, e di confutare le teorie che sono state poste innanzi. Ci limiteremo pertanto solamente a constatare, che mentre tutti sono generalmente d'accordo nell'ammettere il principio, codesto accordo non esiste poi malauguratamente nell'applicazione di esso, e nella portata dell'antica massima, e che la divergenza delle opinioni è stata la conseguenza della confusione fatta dai glossatori, e dell'influenza che ha esercitato ed esercita tuttora la teoria tradizionale.

---

(1) Vedi Bianchi, *Elementi di diritto civile*, vol. I, pag. 304.

217. Noi accettiamo in principio l'antica massima *locus regit actum*, ma reputiamo indispensabile di precisarne la portata. Dobbiamo innanzi tutto osservare, che la parola *atto* può essere adoperata per denotare lo stesso negozio giuridico, come pure l'atto estrinseco, vale a dire le formalità esteriori richieste dalla legge per attestare il fatto giuridico. Ora, è in questo ultimo significato, che bisogna intendere la parola *atto*, quando si tratti di ritenerlo soggetto alla legge del luogo, in cui esso sia stato fatto. Conseguentemente non si può ammettere, che l'atto per quello che concerne il suo contenuto: la sua sostanza: le condizioni richieste per la sua validità: le formalità indispensabili per integrare la capacità delle parti, che siano di per sè stesse incapaci: le formalità richieste per portarlo ad esecuzione, o quelle indispensabili per renderlo efficace rispetto ai terzi che abbiano diritti sulla cosa che abbia formato oggetto della convenzione, debba essere retto dalla legge del luogo in cui esso sia stato fatto, ma che debba bensì essere retto da codesta legge solamente per quello che concerne le formalità esteriori destinate a constatare legalmente quello che sia stato fatto.

È necessario quindi ammettere, che l'antica massima *locus regit actum* debba essere intesa nel senso, che le formalità estrinseche degli atti giuridici, e quelle richieste per la legale redazione degli istrumenti, delle convenzioni, delle disposizioni, delle dichiarazioni, delle scritture destinati a constatarli, debbano essere regolate dalla legge del luogo in cui codesti atti siano stati conclusi stipulati, o compilati. Conseguentemente solo per la validità legale estrinseca di essi deve bastare l'osservare le formalità prescritte da tale legge. *Locus regit actum.*

218. La ragione principale che rende generalmente necessaria l'ammissione di cotesta regola si è quella, come dice Savigny, che riesce spesso difficile che uno conosca nel luogo, in cui un atto giuridico è fatto, le forme legali richieste dalla legge del luogo in cui l'atto deve valere, e che riesce ancora molto più difficile di eseguirle perfettamente, mentre d'altra parte interessa al massimo grado di non rendere assolutamente impossibile gli atti giuridici in paese straniero, o di non esporli a nullità per difetto delle forme legali, le

quali non sono certamente stabilite per creare ostacoli ai negozi civili (1).

Merlin, discorrendo poi intorno a questo stesso argomento, soggiunge « non è per un semplice motivo di convenienza, che, per quanto concerne la forma probante degli atti, è stata data la preferenza su tutte le altre leggi a quella del luogo, nel quale essi sono stati stipulati, essendochè i veri principii abbiano determinata questa scelta. In effetto gli atti ricevono l'essere nel luogo, in cui sono fatti. È la legge del luogo, che dà ad essi l'essere: essa deve per conseguenza dominare e regolarne la forma » (2).

219. Passando ora ad esporre le disposizioni del diritto positivo relative alle forme degli atti lasciamo da parte il diritto romano, nel quale alcuni scrittori hanno pure stimato essere stata la regola ammessa (3), e notiamo che nel diritto francese essa non fu convertita in massima legislativa, quantunque fosse stata costantemente accettata nella dottrina degli scrittori e nella giurisprudenza (4).

Nel progetto del codice di Napoleone si trovava veramente un articolo del libro preliminare così concepito: « La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés ». Ma codesto articolo fu poi soppresso, perchè fu osservato, che il legislatore francese non poteva fare leggi, che avessero autorità fuori del territorio, nè poteva sanzionare una massima di diritto delle genti: che d'altra parte poi la regola apparteneva piuttosto alla dottrina, che alla legge, e che concepita come era in termini generali sarebbe riuscita vaga ed indeterminata. Sia che queste od altre ragioni prevalessero, il fatto si è, che l'articolo progettato non fu inserito nel codice, e che il legislatore francese, ritenendo la massima come stabilita nella dot-

(1) Savigny, *Sistema del diritto romano*, vol. VIII, § 381.

(2) Merlin, *Répert.*, v. *preuve*, 11, § 3, art. 1, n° 5.

(3) Varii testi sono stati citati, L. XXXIV, *De Reg. jur.*, 50, 17, L. VI; Dig. *De evictionibus*, 21, 2, L. I, pr. Dig. *De usuris*, 22, 1, L. IX, Cod. *De testamentis*, 6, 23.

(4) La massima si trova infatti costantemente confermata nelle sentenze del Parlamento di Parigi, secondo attesta Gail; e tra le sentenze di più antica data è citata quella del 15 gennaio 1721, nella causa del testamento di Pommereu. Vedi Asser, *Droit int. privé*, pag. 60.

trina, si limitò soltanto a fare di essa alcune speciali applicazioni negli articoli 47, 170, 999, 1317.

220. Nel codice generale Prussiano trovasi espressamente sancito, che la forma di un contratto debba essere giudicata a norma della legge del luogo, ove esso sia stato fatto (1, 5, 55, 111). Esso prevede il caso del contratto concluso tra assenti, e dispone, che la forma di codesto contratto debba essere giudicata a seconda della legge del luogo ove sia stato datato, e se siano indicati due luoghi diversi, ove vigano leggi dissimili, o se non vi sia atto, ma solo semplice scambio di lettere, che uno debba attenersi alla legge del luogo, in virtù della quale l'atto può avere effetto. Solo pei contratti aventi per oggetto la proprietà, il possesso, o l'usufrutto di beni immobili quel codice dispone, che bisogna osservare quanto alla forma la *lex rei sitae*.

221. Nella legge neerlandese la regola *locus regit actum* è sancita nell'art. 10 delle disposizioni generali, il quale al certo è redatto in termini molto vaghi ed indeterminati. Tanto è vero che esso dispone: « La forma di tutti gli atti è regolata secondo le leggi del paese o del luogo ove essi sono stati fatti o stipulati ». Il non avere quel legislatore determinato esattamente il concetto giuridico della forma dell'atto, la quale deve essere retta dalla legge locale, ha fatto sì, che reputati scrittori, come Asser, abbiano riconosciuta la necessità di distinguere le formalità, che concernono lo stato e la capacità delle persone, o che esercitano influenza su di esse, da quelle che non hanno codesto carattere, e di considerare le disposizioni di tale codice contenute negli articoli 138, 139 del medesimo, nei quali sono stabilite le condizioni per la validità del matrimonio contratto dai neerlandesi in paese stranieri, come una eccezione alla disposizione generale dell'art. 10 (1).

222. Questo ci conferma nell'idea già da noi manifestata, che cioè

(1) Asser cit., pag. 68. Vedi ivi la nota.
L'articolo 138 del Codice civile neerlandese dispone, che il matrimonio contratto in paese straniero, sia tra neerlandesi, sia tra neerlandesi e stranieri, è valido se esso sia celebrato nella forma usata in tale paese, purchè le pubblicazioni del matrimonio siano state fatte senza opposizione nel Regno in conformità di quanto è disposto nella sezione 2ª del titolo del matrimonio.

non si trova neanche nei nostri tempi una teoria concorde e sicura a riguardo della portata della regola, la quale si può ammettere dentro i giusti limiti ma non al certo a riguardo di ciò che concerne lo stato e la capacità delle persone, che devono essere retti da diversi principii. Non si dovrebbe in verità neanche discutere dell'applicabilità della legge locale rispetto a quello che può concernere lo stato e la capacità delle persone, perchè nel diritto moderno dev'essere eliminato assolutamente il concetto feudale, vale a dire non deve essere ammesso che la persona possa essere considerata come una dipendenza del territorio, e sottomessa come tale in tutto all'impero della legge locale. Tanto nel caso che il concetto che uno può farsi dello statuto personale faccia dipendere questo dalla legge dello Stato, quanto in quello che lo faccia dipendere dalla legge del domicilio, gli scrittori moderni non dovrebbero discutere, se le relazioni di stato personale o quelle che concernono la capacità possano o no cadere sotto la regola *locus regit actum*, imperocchè questo conduce a perpetuare la confusione circa la portata della regola. Meglio sarebbe discutere, se deve essere ammesso uno statuto personale o se deve invece essere riprodotta la teoria feudale e così considerare tuttora la persona come un accessorio del suolo. Accettando un sistema, qualunque esso si sia, circa la legge dalla quale deve dipendere lo statuto personale, non può essere più il caso di discutere se questo possa dipendere dalla legge locale.

Ad eliminare ogni confusione deve senza dubbio essere reputato indispensabile, che i legislatori, allorquando vogliano sancire una massima generale a riguardo delle forme degli atti, adoperino ogni cura onde evitare l'equivoco, e che cerchino di precisare i limiti dentro i quali la regola debba essere applicata. Meglio sarebbe al certo non sancire nessuna regola legislativa, piuttosto che adottare la vecchia massima *locus regit actum* senza determinarne la portata. Ed essendochè i limiti precisi di essa non si trovino nè nella dottrina, nè nella tradizione, se non si trovassero neanche nella legge, ne deve seguire inevitabilmente, che si perpetui la confusione.

223. Codesto inconveniente non si verifica nel sistema del Codice civile italiano, perchè il legislatore nostro non si è limitato a sancire soltanto la regola a riguardo delle forme degli atti adoperando una

formola vaga e indeterminata, ma esso ha bensì con speciali disposizioni sancite le norme generali di diritto internazionale privato e una di codeste si è quella che concerne le forme degli atti, a riguardo delle quali esso ha così disposto « *le forme estrinseche* degli atti tra i vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti » (1).

Nel sistema del nostro Codice non può essere il caso di discutere, se la massima possa concernere anche le forme abilitanti, e quanto appartiene al contenuto degli atti, ed ai loro requisiti intrinseci, o quello che concerne i mezzi di prova, o i modi di esecuzione. Abbiamo già notato che il legislatore stabilisce a riguardo di tali obbietti norme speciali negli altri articoli e nello stesso art. 9, e siccome bisogna sempre confrontare tutte le parti della medesima legge, così è per questo che la regola rispetto alle forme messa in confronto colle altre che completano tutto il sistema riesce chiara e precisa e non può essere il caso di dar luogo a molte controversie. La questione trovasi ristretta nel suo vero campo, *le forme estrinseche* vale a dire le formalità esteriori legali, che bisogna osservare, affinchè l'atto abbia esistenza legale. Per codeste formalità soltanto può quindi essere il caso di ritenere applicabile la massima tradizionale *locus regit actum*.

224. Così, a modo di esempio, se si trattasse di una vendita conclusa all'estero e dell'applicazione della regola sancita nel Codice italiano, non potrebbe essere mai il caso di sostenere che il contratto di vendita potesse essere ritenuto soggetto alla legge del luogo in cui fosse stato concluso nè pel suo contenuto, nè per la capacità dei contraenti, nè per le formalità richieste a fine d'integrare la capacità di una delle parti, che fosse incapace (come sarebbe il caso dell'assistenza del curatore o dell'omologazione del tribunale); nè per rendere la vendita efficace a riguardo dei terzi (come quando si trattasse di decidere della necessità della trascrizione); nè per le condizioni indispensabili all'efficace trasferimento della proprietà immobiliare, e simili controversie, le quali non possono ritenersi sommesse alla legge del luogo, in cui il contratto di vendita sia stato concluso, perchè esse non possono

(1) Art. 9, *Disposizioni generali del Codice civile.*

al certo essere considerate come se avessero per oggetto le forme estrinseche del contratto. A che dunque può applicarsi la regola sancita dal nostro legislatore? Solo alle formalità legali richieste onde il contratto di vendita possa essere ritenuto legalmente stipulato.

Posto quindi, che le parti per trasferire efficacemente la proprietà di una cosa immobile esistente in Italia debbano redigere il contratto in iscritto, e che non possano a riguardo di ciò derogare alla legge nostra (perchè le condizioni intrinseche per l'efficace trasferimento della proprietà immobiliare non si possano, come già abbiamo detto, con siderare appartenenti alla forma estrinseca), dovendo esse redigere l'atto scritto, e potendo fare ciò con la forma della scrittura pubblica o della scrittura privata, le forme richieste a fine di dare legalmente vita all'atto scritto, devono dipendere dalla legge del luogo ove il medesimo sia stato fatto. A norma di questa si deve quindi decidere circa l'ufficiale pubblico chiamato a dare all'atto l'autenticità: e circa le forme legali con le quali deve essere redatta la scrittura privata: e quante copie di essa debbono essere fatte: e come debba essere intestata, e come sottoscritta, e via dicendo.

225. Il sistema sancito dal legislatore italiano è quello, che a nostro modo di vedere, corrisponde meglio ai principii generali del diritto e che trova il suo fondamento sulla natura delle cose. Noi accettiamo quindi completamente il concetto di esso, e ritenendo la massima applicabile nei termini ristretti su accennati, rinviamo a suo luogo di discutere ogni controversia che non sia propriamente quella della forma estrinseca e ci limitiamo a risolvere qualche dubbio che può nascere nell'applicare a codesta forma la regola.

226. Dobbiamo innanzi tutto notare, che anche nell'ipotesi che la legge positiva di un paese sancisse la regola circa le forme estrinseche, così come ha fatto il legislatore italiano, tale sua disposizione non si potrebbe altrimenti considerare, che come una norma data ai giudici di quel paese onde giudicare della forma degli atti. In conseguenza, siccome nessun legislatore può sancire regole di diritto internazionale, così la massima di diritto positivo a riguardo delle forme non potrebbe essere invocata nel paese straniero ove l'atto dovesse essere efficace, se ivi vigessero leggi diverse. Così negli Stati Uniti d'America e nella

Gran Bretagna, ove si ammette la massima che gli atti, di qualunque natura essi siano, e relativi all'acquisto dei diritti sugli immobili, debbano essere fatti, anche per le formalità estrinseche, in conformità della legge del luogo in cui gli immobili sono situati, non si potrebbe invocare utilmente la massima sancita dal legislatore italiano, onde fare ivi considerare valido per la forma un atto fatto in Italia in conformità della legge italiana.

Sarebbe strano il supporre che il legislatore italiano avesse avuto in mente di dettare la legge al mondo. Vogliamo anzi soggiungere, che un italiano che volesse fare atti relativi ad immobili esistenti nei detti Stati, e che si attenesse alla legge nostra invece che a quella del luogo in cui l'immobile si trovasse, non potrebbe sostenere che l'atto redatto con la forma richiesta dalla legge nostra (e nullo per difetto di forma secondo la legge inglese), dovesse essere considerato valido dal magistrato italiano in virtù della regola sancita dal nostro legislatore con l'art. 9 citato.

Il magistrato italiano, che fosse per avventura chiamato a conoscere del valore di tali atti, dovrebbe tener conto del diritto territoriale, essendochè lo stesso legislatore nostro abbia ritenuto in massima, che gl'immobili debbano reputarsi soggetti alla legge del luogo. Ora a cagione del disporre la legge vigente per la Gran Bretagna, che i contratti e gli atti che abbiano per oggetto la proprietà dei beni immobili o i diritti reali debbano essere fatti osservando, quanto alla forma, la legge territoriale (1), non si potrebbero sottrarre gl'immobili esistenti nella Gran Bretagna dall'impero della legge vigente in codesto paese, e ammettere che la disposizione della legge nostra potesse essere efficace a regolare le forme legali richieste per gli atti relativi a tali immobili.

Dalle quali cose ne discende, che bisogna ritenere come massima,

---

(1) Questo principio si applica rigorosamente anche rispetto ai cittadini che facciano atti nelle diverse parti del Regno Britannico rette da leggi diverse, come se gl'Inglesi, ad esempio, facessero un atto nella Scozia relativo ad immobili esistenti in Inghilterra. Story, *Conflicts of laws*, §§ 363-364. — Wheaton's, *Reports*, vol. VII, pag. 115. — Wharton, *Private international law*, § 689.

che la regola sancita da ciascun legislatore a riguardo della forma degli atti può valere, quando sia il caso di valutare l'atto fatto da stranieri nel territorio soggetto all'impero di codesto legislatore, o l'atto fatto all'estero, che debba essere efficace nello Stato.

227. I giuristi hanno disputato circa il valore imperativo del principio *locus regit actum*. Alcuni hanno opinato, che a questa regola di diritto internazionale consuetudinario non si potesse derogare mai dalle parti, che volessero fare all'estero un atto valido dovunque per la forma; altri invece hanno opinato, che essendo un favore concesso alle parti di osservare le forme prescritte dalla legge locale, dovesse essere concesso ad esse di rinunciare a codesto favore osservando le forme prescritte dalla legge del luogo, ove l'atto dovesse essere efficace, o quelle prescritte dalla legge della loro patria comune, supposto che esse fossero cittadine dello stesso Stato.

228. Ci sembra, che i cittadini, che nel loro paese stipulino un atto, siano tenuti ad osservare, quanto alla forma, la legge vigente nel loro paese, anche quando l'atto debba essere eseguito all'estero. Le leggi dello Stato obbligano sempre il cittadino, nè questi potrebbe poi sottrarsi dall'osservare quelle che regolano la forma degli atti, a meno che l'oggetto della convenzione non fosse una cosa esistente all'estero, e che ivi vigesse una legge, che prescrivesse necessariamente certe forme particolari per la validità della convenzione a quella cosa relativa.

Qualora poi i contraenti fossero stranieri e cittadini dello stesso Stato, non dovrebbe essere negato ad essi di seguire le forme prescritte dalla legge dello Stato, di cui essi fossero cittadini. Questa regola si trova ammessa dallo stesso diritto romano, che concedeva ai pellegrini di contrattare con le forme permesse esclusivamente dalle loro leggi e dai loro usi nazionali (1). Essa la troviamo inoltre accettata dagli scrittori medioevali. *Si inter duos celebratur verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum enim non est, actum a talibus secundum leges patriae factum in patria valere* (2).

(1) Gaius, lib. III, § 134.
(2) Hertius, *De collisione legum*, n° 10, confr. Voet, *De statut.*, sect. ix,

Anche in Francia è stato deciso, che il principio *locus regit actum* è applicabile a due stranieri, che vi abbiano fatto un atto con le forme prescritte dalla legge della loro patria comune (1).

In Italia la massima trovasi sanzionata nell'art. 9, che lascia in facoltà dei disponenti o dei contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti.

Può sorgere qualche difficoltà, qualora la convenzione sia stipulata in un paese fra un cittadino ed uno straniero, colla forma richiesta dalla legge del luogo, in cui la convenzione debba essere eseguita. Se l'atto è sinallagmatico, importando un'obbligazione reciproca, non può essere obbligatorio per l'uno senza esserlo per l'altro. Quindi se lo straniero fosse validamente obbligato secondo le leggi del suo paese, in cui dovesse eseguire la promessa, il nazionale che volesse costringerlo all'esecuzione, non potrebbe, per sfuggire all'adempimento della propria obbligazione, dedurre che l'atto non fosse per la forma valido secondo le leggi della sua patria. Se l'atto poi fosse unilaterale, lo straniero che avesse assunta un'obbligazione secondo le forme richieste dalla sua legge, non potrebbe esimersi dall'eseguirla nel proprio paese; se poi il nazionale avesse contratto nel suo paese a favore di uno straniero una obbligazione da eseguirsi all'estero, e non avesse seguito le forme stabilite dalla legge, alla quale soltanto era sottoposto, quando fosse convenuto in paese straniero per l'esecuzione della convenzione, potrebbe opporre la nullità, che risultasse dalla mancanza delle forme richieste dalla sua patria legge (2).

---

chap. IX, nº 2. — VOET, *Ad Pand.*, lib. IV, parte 2ª, nº 15. — RODENBURG, *Tract. prel.*, tit. XI, cap. III.

(1) Rej, 19 mai 1830 (Taaffe), *Pasicrisie.*

(2) Abbiamo trovato che una giusta applicazione di codesta regola è stata fatta dalla Corte di cassazione di Torino a proposito di una costituzione di dote puramente verbale fatta a Milano nel 1869 (mentre era ivi in vigore il Codice civile italiano), a favore di uno della Provincia di Mantova, ove vigeva il Codice civile austriaco di cui il § 34 riconosce valida la costituzione di dote puramente verbale. La Cassazione decise che l'atto dovea reputarsi nullo per difetto di forma, perchè sia che l'autenticità degli atti si volesse considerare come condizione intrinseca e sostanziale, sia che si volesse considerare altrimenti, si arriverebbe sempre alla medesima conclusione che

Supponiamo finalmente, che alcune delle parti intervenute nella stipulazione di un atto fossero cittadini, altre stranieri, e che l'atto fosse valido per la forma secondo la legge straniera, e non valido secondo quella del luogo in cui fosse stato stipulato. Se si trattasse di un contratto sinallagmatico non potrebbe essere obbligatorio per gli uni senza esserlo parimente per gli altri, e conseguentemente coloro, che fossero cittadini dello Stato, la di cui legge non fosse stata osservata quanto alla forma, non potrebbero dedurre a loro vantaggio, la nullità del contratto, sostenendo in pari tempo che esso dovesse ritenersi valido a riguardo degli altri. Importando il contratto un'obbligazione reciproca, non potrebbe essere valido per gli uni senza esserlo anche per gli altri. Solo nell'ipotesi che si trattasse di obbligazione unilaterale, e che i coobbligati fossero alcuni cittadini dello Stato, di cui non fossero state osservate le leggi quanto alla forma, altri stranieri, supposto che pel difetto di forma l'atto potesse essere dichiarato nullo, i coobbligati nazionali potrebbero prevalersi della legge locale, e adducendo che secondo questa il contratto deve essere ritenuto nullo, dedurre da ciò la nullità dell'obbligazione da essi assunta. Questo però non importerebbe, che l'atto dovesse essere ritenuto nullo anche per gli altri coobbligati, i quali avessero osservato la legge della loro patria, se a norma di questa l'atto potesse ritenersi valido.

229. Qualche scrittore ha sostenuta l'opinione, che conduce ad escludere l'applicazione della regola *locus regit actum* nel caso, che le parti si siano recate all'estero col proposito di eludere e di frodare la legge della loro patria relativa alle forme.

Codesta teoria non ci sembra in vero giustificabile, imperocchè la questione della nullità degli atti sia di per sè stessa gravissima, e non si debba mai ammettere, che essi possano essere dichiarati nulli

---

cioè la costituzione di dote fatta da un italiano sotto l'impero del Codice civile italiano in una città del Regno non può essere valida, se non quando essa sia e per la sostanza e per la forma conforme alle disposizioni del Codice civile in vigore. Questo d'altronde agli articoli 1314, 1382 impone la forma autentica sotto pena di nullità per il contratto di matrimonio. — Cassazione, 27 marzo 1885 (*La Legge*, XXV, p. 661).

per presunzioni, o con semplici congetture, occorrendo sempre al contrario, che uno si attenga rigorosamente alle norme tassativamente stabilite dal legislatore. Certamente, se la legge comminasse la nullità per gli atti fatti all'estero *in fraudem legis*, provata la frode non si potrebbe fare a meno di dichiararli nulli, ma fuori di questo caso non si potrebbe sostenere la nullità.

230. Ora dobbiamo esaminare l'altro oggetto di disputa per sè stesso grave, e che divide gli scrittori, che ne hanno discusso, quello cioè che concerne la portata della regola e la sua applicazione alla necessità della scrittura privata o della scrittura pubblica.

Le leggi positive considerano la forma della scrittura pubblica come indispensabile per la validità di certi atti. Così ad esempio, secondo il Codice francese (art. 334), il riconoscimento del figlio naturale non può essere fatto, che mediante atto autentico, quando esso non sia stato fatto nell'atto di nascita. La stessa forma è indispensabile per ogni atto, che contenga una donazione fra i vivi (articolo 931), e per ogni convenzione matrimoniale, (art. 1394). Ora, essendovi leggi, le quali ammettono, che codesti atti possano essere validamente fatti in altra forma, potrà utilmente essere invocata l'applicazione della regola *locus regit actum*, onde sostenere la validità dei medesimi, tutto che non fatti con la forma autentica assolutamente richiesta a norma della legge francese?

Duranton opina, che la regola non possa essere applicata per rendere valido un atto fatto con scrittura privata, e pel quale la legge richieda l'autenticità sotto pena di nullità. A sostegno della sua opinione esso adduce che la massima *locus regit actum*, essendo stata accettata per necessità, dev'essere ristretta nei limiti della necessità, e che potendo sempre essere adempiuta la condizione dell'autenticità in paese straniero, non vi è ragione per dispensare da adempierla, chi si sia obbligato a fare ciò, e che solo le forme che dovrebbero essere osservate per l'autenticità dovrebbero essere valutate a seconda della legge del luogo in cui l'atto fosse stato compiuto (1).

---

(1) DURANTON, *Cours du droit français*, t. I, nº 91, p. 95. (Vedi pure LAURENT, *Droit civil*, t. I, nº 99).

231. Zaccaria è di opinione contraria, e non accetta le ragioni addotte dal Duranton, neanche limitatamente per i Francesi che si trovassero in paese straniero (1). Egli dice, che il contratto di matrimonio con atto per scrittura privata fatto in paese straniero tra un francese ed una straniera, e anche tra un francese ed una francese è valido in Francia, se la legge del paese in cui è stato stipulato non richiede l'atto autentico. Le donazioni fatte con atti per scrittura privata in un paese, a di cui legge ammette tale forma, sono valide anche per gl'immobili situati in Francia importando poco che sieno state fatte da uno straniero o da un francese, e in favore di un francese o di uno straniero.

232. Il Demolombe pure scrive: « la differenza tra l'atto autentico e l'atto per scrittura privata è unicamente una differenza di forma ». Dunque la forma della scrittura privata, in un paese che ammetta tale forma per tale o tale atto, deve equivalere alla forma autentica in un altro paese, che esiga l'autenticità per quello stesso atto; perchè questa differenza non è intrinseca ma estrinseca, essa non verte nel fondo, ma nella forma, essa è quindi sotto l'impero della regola *locus regit actum* (2).

Tutti gli argomenti, che sono stati addotti dagli altri in sostegno di questa opinione, così si riassumono. Si è detto innanzi tutto, che il decidere se un atto possa o no farsi per scrittura privata è una pura questione di forma. Si è aggiunto, che lo scopo importantissimo della regola *locus regit actum*, quello cioè di proteggere la buona fede delle parti, non sarebbe raggiunto, qualora non si tenesse per valido un atto fatto nella forma privata permessa dalle leggi del luogo, solo perchè questa forma fosse vietata dall'altra legge, delle cui disposizioni circa le forme legali dell'atto non hanno forse le parti potuto informarsi con sicurezza, al momento in cui lo compivano (3).

233. Tra gli scrittori italiani il Bianchi accetta la teoria, che si debba seguire in tutto, quanto alla forma estrinseca, la legge del luogo in cui

---

(1) *Droit civil*, § 31, v. Introduzione.
(2) *Cours du Code Napoléon*, t. I, n° 106, p. 129.
(3) Marcadé, art. 3, § 8, in fine t. I, n° 79. — Vedi pure Fœlix, n° 79. — Merlin, *Répert.*, v. *testament*, sect. II, § 4, art. 1, n° 3. — Demangeat, *Code des étrangers*, p. 342.

l'atto si fa, quando almeno non vi sia disposizione testuale in contrario. Confrontando poi il citato scrittore, l'art. 9 coll'art. 12 dice, che, quando la disposizione prescrivente la forma autentica abbia il carattere di legge proibitiva, è obbligatoria anche per gli atti fatti all'estero, e quindi quando le leggi del regno vietino, a pena di nullità, di fare un determinato atto in forma privata, questa disposizione si dovrà osservare, ancorchè l'atto si faccia all'estero, dove sarebbe permesso farlo colla forma dell'atto privato, salvo il compiere l'*atto pubblico* nelle forme prescritte dalle leggi locali. Da ciò egli conclude che una donazione di beni situati nel regno, che si facesse per scrittura privata in paese straniero dove l'atto pubblico non fosse necessario all'uopo, dovrebbe considerarsi tuttavia come nullo (1).

Il Borsari non ha un'opinione ben determinata (2).

234. A noi sembra, che nè l'una nè l'altra delle diverse opinioni si possa accettare in un senso assoluto, e senza certe distinzioni, che a nostro modo di vedere bisognerebbe stabilire partendo da altri criteri.

Troviamo sotto un certo punto di vista esatto quanto dice Demolombe, che la differenza tra l'*atto privato* e l'*atto pubblico* sia una differenza di forma, e che stando sulle generali si possa ammettere, che non solo la regola *locus regit actum* debba essere applicata per decidere se siano state osservate le formalità prescritte per attribuire all'atto l'autenticità, ma che la necessità stessa dell'autenticità, considerata come condizione per dare esistenza giuridica all'atto, debba essere determinata secondo la legge imperante nel luogo, in cui l'atto è posto in essere.

235. La questione però della forma privata o pubblica dell'atto, si può considerare sotto altro rispetto, cioè come modo della manifestazione legittima del consenso, e così considerata, non può essere risoluta nella stessa maniera di qualsiasi questione di semplice forma esteriore.

236. Quando il legislatore italiano ad esempio coll'art. 181 ha

---

(1) Bianchi, *Elementi di diritto civile*, VI, 1, § 181, p. 298.

(2) *Comment.* all'art. 9, § 65. Confr. Lomonaco, *Diritto civile intern.*, cap. VII, 2, pag. 181.

richiesto sotto pena di nullità l'atto autentico pel riconoscimento del figlio naturale, non ha voluto con ciò disporre soltanto circa la forma esteriore dell'atto di riconoscimento, ma ha bensì voluto determinare, quando il consenso si possa ritenere legittimamente manifestato. È per garentire l'indipendenza della volontà e la piena libertà dell'autore del riconoscimento: è per prevenire tutte le sorprese, e tutti i raggiri in un atto così importante, come è quello di stato civile, che il nostro legislatore ha imposto l'atto autentico. Il riconoscimento produce rilevanti conseguenze nei rapporti di famiglia e nel regime del patrimonio familiare, e la dichiarazione del padre, che è il titolo dello stato civile di filiazione naturale, non poteva essere abbandonata alla fragile garanzia dell'atto per scrittura privata.

Ci pare quindi evidente, che, se si volesse addurre contro un italiano un atto privato di riconoscimento fatto da esso in un paese, nel quale l'atto di riconoscimento per scrittura privata fosse efficace, così come l'atto autentico, e si volesse invocare a sostegno di tale pretesa la regola di diritto internazionale sancita nell'art. 9 dal nostro stesso legislatore, e l'autorità degli scrittori, tali pretese dovrebbero essere rigettate. Conviene infatti mettere la disposizione dell'art. 9 in armonia con quelle contenute negli altri articoli. Nell'art. 6 il nostro legislatore statuisce, che i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge nazionale; ora se, per stabilire il rapporto di filiazione tra il figlio naturale ed il padre, è indispensabile secondo la legge italiana, che la dichiarazione di paternità da parte del padre sia fatta con atto autentico, come ammettere, che possa essere a ciò efficace la dichiarazione con scrittura privata? È chiaro che mancherebbe il consenso legittimamente manifestato.

Supponiamo invece che il padre d'un figlio naturale di madre italiana fosse uno straniero, e che secondo la sua legge nazionale non fosse imposto l'atto autentico per la validità del riconoscimento, e che egli (in un paese ove la legge consenta di riconoscere il figlio naturale con atto privato) avesse riconosciuto il suo figlio naturale con atto privato. Potrebbe forse impugnarsi tale atto di riconoscimento, adducendo l'argomento del Bianchi, col quale ammette che, quando le leggi del regno vietino a pena di nullità di fare un determinato atto in

forma privata, tale disposizione sia imperativa anche per gli atti fatti all'estero? A noi non pare.

Ripetiamo, che la forma privata o autentica o può essere considerata in rapporto coi requisiti indispensabili per la legittima manifestazione del consenso, e in tal caso deve dipendere dalla legge dello Stato a cui la persona è soggetta, o può essere considerata indipendentemente da questo, e deve cadere sotto la regola *locus regit actum*, per lo che la disposizione dell'art. 181 del nostro Codice non sarebbe applicabile nè per l'una, nè per l'altra ragione nel caso in parola.

237. Questo medesimo ragionamento si potrebbe fare per i contratti matrimoniali stipulati con atto privato. Un italiano che contraesse matrimonio con una straniera in paese straniero, ove supponiamo, che si potessero fare i contratti di matrimonio con scrittura privata, non potrebbe validamente stipulare in tal guisa codesto contratto. I rapporti di famiglia derivano dal matrimonio e dal contratto di matrimonio, con cui si provvede all'avvenire della famiglia, e come i coniugi italiani non possono sottomettersi ad una legge straniera nello stabilire il regime dei beni, così non possono sottomettersi ad essa nello stipulare con un atto privato, quanto concerne il regime dei beni medesimi (1). Ma se fosse invece uno straniero, che togliesse in moglie un'italiana, e secondo la legge del paese di lui fosse ammesso di stipulare i contratti di matrimonio con atto privato, e in tale forma fosse fatto il contratto di matrimonio, si potrebbe per avventura sostenere, che detto contratto dovesse ritenersi inefficace a riguardo degli immobili esistenti in Italia per la disposizione dell'art. 1382? Non ci pare. Codesto contratto dovrebbe senza dubbio essere trascritto in conformità di quanto dispone la legge nostra, ma non si potrebbe considerare come nullo.

238. Per la donazione non possiamo accettare per le medesime ragioni l'opinione assoluta del Bianchi, che cioè essa debba considerarsi nulla, tuttochè fatta in paese straniero, dove l'atto pubblico non sia all'uopo necessario, nè ci sembra migliore l'opinione di Zaccaria, che dice recisamente, che le donazioni in parola devono essere valide

---

(1) *Contra* Parma, 23 marzo 1883, *Monit. dei trib. mil.*, 1883, 550.

quanto agl'immobili situati in Francia, e che importa poco se sieno state fatte da uno straniero o da un francese, ed a favore di un francese o di uno straniero. A noi pare, che per la soluzione della questione dinanzi alla legge nostra sia necessario riflettere, che avendo il legislatore disposto, che la sostanza delle donazioni debba essere regolata dalla legge nazionale dei disponenti, se si trattasse di una donazione fatta da un italiano o da uno straniero di un paese, la cui legge fosse conforme alla nostra, il consenso non si potrebbe ritenere validamente manifestato, se non quando la donazione fosse stata fatta con atto pubblico. Qualora poi mancasse nella legislazione del donante una disposizione conforme a quella dell'art. 1056 del Codice nostro, riteniamo, che la donazione con atto privato nelle forme prescritte dalla legge locale sarebbe valida, anche per gl'immobili situati nel regno.

239. Alle regole esposte bisognerebbe soltanto aggiungere, che quando alla persona, che si trovasse all'estero, non fosse stato possibile di osservare la forma dell'autenticità richiesta dalla legge della patria di lei, e questo risultasse o dall'atto stesso o dalle prove estrinseche o dalle circostanze, l'atto fatto colle forme della legge locale dovrebbe essere riconosciuto valido. La massima *locus regit actum* è infatti accettata da tutti, come massima di diritto internazionale consuetudinario, e d'altra parte la legge personale non potrebbe esercitare il suo impero, su chi si trovasse in paese straniero nell'impossibilità di osservarne i precetti. Si aggiunga inoltre, che sarebbe contro l'equità il dichiarare nullo un riconoscimento leale, spontaneo e sincero, quando vi fosse stata impossibilità assoluta di praticare diversamente.

Supponiamo, ad esempio, che un francese si trovasse in un paese incivile, nel quale non vi fossero ufficiali per gli atti pubblici, nè altre autorità per dare all'atto l'autenticità, e che volesse adempiere ai suoi doveri verso di un suo figlio naturale riconoscendolo. Qualora l'impossibilità assoluta di fare un atto autentico fosse stabilita mediante le prove date, e fosse pure accertato che l'autore dell'atto non si fosse trovato in condizione di rifare il riconoscimento con atto autentico: qualora la spontaneità, la lealtà e la sincerità del riconoscimento risultassero dalle circostanze, si dovrebbe rimettere al prudente arbitrio del giudice di dichiararlo efficace. Vi possono essere condizioni

tanto eccezionali, nelle quali cessa di essere applicabile il diritto comune, e si rende necessaria l'applicazione del diritto naturale, così ci pare, che l'italiano, che si trovi in regioni incivili, deve reputarsi sotto l'impero della legge naturale, e che nel caso da noi immaginato manchino le disposizioni della legge scritta.

240. Ha formato pure oggetto di dubbio, se la legge relativa alle forme estrinseche potesse avere applicazione a riguardo degli atti fatti in Turchia da un cittadino di uno di quegli Stati, che, in virtù delle capitolazioni, possedesse il privilegio della estraterritorialità del distretto consolare.

Tale dubbio riposa sull'esagerato concetto dell'estraterritorialità, in virtù del quale si è stimato di poter considerare il distretto consolare dello Stato, come una parte del suo territorio, e di ritenere quindi applicabile agli atti ivi stipulati le stesse norme, che si applicano a quelli stipulati nel territorio dello Stato. Codesto concetto non è del resto giustificabile coi principii generali del diritto moderno in materia di estraterritorialità. Non si può infatti sostenere, che gl'Italiani o i Francesi, residenti nell'Impero Ottomano, si trovino nella medesima condizione giuridica, nella quale si trovano i cittadini dimoranti nel territorio francese o in quello italiano, nè può ammettersi, che i favori, di cui essi possono godere in virtù delle capitolazioni, abbiano tolto ad essi la facoltà di osservare, volendo fare ciò, la legge locale quanto alle forme, per gli atti da essi fatti nella Turchia. Ci sembra quindi, che bene abbia deciso la Corte di cassazione di Torino, la quale disse, che nè le capitolazioni esistenti tra il Regno d'Italia e l'Impero Ottomano, nè la conseguente finzione dell'estraterritorialità garantita a favore degl' Italiani residenti in Turchia, nè le disposizioni della nostra legge consolare limitano, pei matrimoni celebrati in codesto Impero, l'applicazione della regola comune *locus regit actum* (1). Questa è pure la massima sanzionata dalla giurisprudenza francese (2).

---

(1) Gaius, lib. III, § 134.

(2) Cass. di Torino, 29 luglio 1870, Lombardi contra Armao. *Monitore dei Tribunali*, 1870, 749 contra Cass. di Napoli, 7 febbraio 1870 (del Balzo) *Gazz. Proc.*, 1870, 8.

241. Alcuni scrittori hanno sostenuto essere uno dei diritti del ministro pubblico, accreditato presso un governo straniero, quello di osservare per la forma degli atti da esso stipulati nel luogo di sua residenza, la legge dello Stato dal medesimo presentato. Questa teoria trova appoggio sull'autorità di Fœlix, di Meier e di altri scrittori dallo stesso Fœlix citati, e riposa sul concetto dell'estraterritorialità dei ministri pubblici e delle persone del loro seguito, in virtù della quale codeste persone, benchè residenti all'estero, sono considerate come se continuassero tuttora a dimorare nello Stato, da cui il ministro fu inviato. Da questo principio Fœlix deduce l'eccezione, che egli fa alla regola *locus regit actum*. « Par rapport, egli dice, aux ambassadeurs ou ministres publics, et à leur suite, ces personnes ne sont pas soumises aux lois de la nation, près de laquelle elles exercent leur mission diplomatique » (1). Egli ammette non pertanto, che sia in facoltà di codeste persone di osservare, volendolo, la legge del luogo di loro residenza.

Questa dottrina non ci sembra ben fondata in diritto. Nè cade qui in acconcio di dimostrare, che la finzione giuridica dell'estraterritorialità, come è stata esageratamente intesa dai pubblicisti, non può essere giustificata (2). Certamente non è sostenibile che la Casa addetta ad una Legazione possa essere reputata per finzione giuridica come una parte del territorio dello Stato, a cui codesta Legazione appartiene, perchè questo condurrebbe ad ammettere a riguardo di essa, che i diritti di sovranità territoriale dovessero essere attribuiti al sovrano, da cui il ministro fosse stato inviato. Non si può conseguentemente sostenere, che gli atti stipulati nella Legazione dalle persone, che in essa risiedono, possano essere reputati, come se fossero stipulati nello Stato dal ministro rappresentato. Il ministro italiano, che risiede a Parigi o a Berlino, si trova a riguardo degli atti civili, che esso può fare, nelle medesime condizioni nelle quali si troverebbe qualunque funzionario pubblico, che risiedesse in paese straniero, quindi si può

(1) Fœlix, *Droit intern. privé*, tom. I, §§ 82, 210.
(2) Vedi la mia opera *Diritto internaz. pubbl.*, vol. II, e la monografia nel Digesto italiano sulla voce *Agenti diplomatici*.

ammettere che egli possa attenersi, in certi casi, alla legge nostra stipulando un atto all'estero, ma non si può sostenere che la Casa addetta alla Legazione sia fuori del diritto comune, e che in essa non trovi applicazione la regola *locus regit actum*.

Conchiudiamo quindi che non troviamo nessuna ragione sufficiente a far sì che qualcuno possa derogare ai principii generali del diritto, che anzi ritenendo che i cittadini possano stipulare un atto nella legazione osservando la legge della loro patria, opiniamo, che qualora le parti fossero cittadini di paesi diversi, bisognerebbe attenersi alle regole già date onde decidere circa la legge che dovrà regolare le forme dell'atto.

242. I principii da noi esposti si devono applicare agli atti di qualunque natura essi siano, e quindi ai contratti: agli atti dello stato civile: agli atti di disposizioni tra i vivi: ai provvedimenti di giurisdizione volontaria: ed a qualunque negozio in generale, dal quale derivino rapporti giuridici. Dobbiamo solo ripetere quello che abbiamo fino da principio detto, che cioè le regole esposte possono valere soltanto per le formalità estrinseche, e che non bisogna confondere con queste le formalità richieste per rendere l'atto efficace a riguardo dei terzi, o per procedere in virtù di esso all'esecuzione. Si dovrà conseguentemente sempre applicare la legge territoriale in quello ch'essa regola la trascrizione, l'iscrizione e la rinnovazione dell'ipoteca; e per tutto quello che concerne la pubblicità degli atti; e per le formalità richieste per rendere l'atto giudiziariamente efficace, come sarebbero, ad esempio, la registrazione, la legalizzazione delle firme, la copia in forma esecutiva e via dicendo.

243. Riesce chiaro, che spetta alla persona, che invoca l'applicazione della regola *locus regit actum*, di dare la prova che l'atto sia stato stipulato nel luogo, alla di cui legge essa intende di riferirsi per dedurne la validità quanto alla forma.

È chiaro poi, che spetta alla persona, che vuole dedurre la validità dell'atto in virtù della regola *locus regit actum* di dare la prova, che esso sia stato fatto nel luogo alla di cui legge essa intende di riferirsi. Questo riesce facile per gli atti autentici. Ed invero per questi basta che la parte, la quale sostiene essere l'atto autentico, provi che

l'ufficiale straniero, da cui fu ricevuto, avea carattere per autenticarlo, e che la firma di questi sia attestata e legalizzata da altro ufficiale pubblico degno di fede pel Governo presso cui l'atto si vuol far valere. Per gli atti privati la cosa può presentare qualche difficoltà, ma la data, la dichiarazione delle parti, le prove estrinseche, e le circostanze possono dissipare qualunque dubbio.

244. Nella giurisprudenza si trovano molte applicazioni della massima *locus regit actum*, e notiamo tra le altre quella fatta alla forma della scrittura privata, per decidere cioè, se l'indicazione in lettera e per esteso debba essere reputata necessaria (1); alla forma del rapporto fatto dal capitano in caso di avarie (2), alla forma dei certificati, richiesti per constatare le avarie contro gli assicuratori alla forma della girata della polizza di carico per costituire il pegno; alla forma delle proteste (3), al modo di accertare il rifiuto di accettazione o di pagamento (4) e tacciamo di molte altre applicazioni.

La massima è stata pure applicata alla forma con la quale deve essere data esecuzione alle richieste delle autorità giudiziarie straniere riflettenti esami di testimoni riflettenti perizie, giuramenti, interrogatorii, e simili; ma di ciò ci occuperemo più largamente a suo luogo (5).

---

(1) Cass. di Napoli, 30 marzo 1866 (d'Avalos), *Ann. di giurisp.*, 1866-67, 1, 329.

(2) Bordeaux, 6 mai 1865 e Cass. franc. 1 févr., 1862, Assureurs contre Vasquez, *Journal de Marseille*, 1862, n[i] 2, 3 e 145.

(3) Marseille, 20 févr. 1837 (Homble), *Journal de Marseille*, 1837.

(4) Genova, 22 giugno 1871 (Oreggio), *Gazz. del Proc.*, 72, 524.

(5) Vedi Fiore, *Effetti intern. delle sentenze e degli atti* (Materia civile), §§ 224 e segg.

NB. Per completare l'esposizione dei principii circa la regola *locus regit actum*, si tenga conto di quello che è scritto in seguito, nel vol. IV, a proposito della forma del testamento, e specialmente ai §§ 1537 in fine, 1538-1540, 1549, 1550.

CAPITOLO VII.

Dell'autorità territoriale del diritto pubblico e delle leggi di ordine pubblico.

245. È necessario stabilire quando la legge straniera non possa avere nessuna autorità nel territorio. — 246. Del diritto pubblico. — 247. Difficoltà nel determinare le leggi di ordine pubblico. — 248. A Laurent pare che non vi sia sostanziale differenza fra queste leggi e il diritto pubblico. — 249. Opinione di Borsari. — 250. Come debba essere stabilita una differenza fra le une e le altre. — 251. Si pone la questione di fronte all'autorità territoriale o estraterritoriale delle leggi. — 252. Teoria di Brocher. — 253. Formula proposta da Mancini e Asser. — 254. Osservazioni critiche. — 255. La regola sancita dal legislatore italiano è pure vaga. — 256. Opinione nostra per determinare il principio della territorialità delle leggi. — 257. Si chiarisce la differenza tra il principio nostro e quello del Mancini. — 258. Si riconferma e si chiarisce la regola circa la territorialità della legge. — 259. Limitazione fondata sull'offesa del buon costume.

245. Nell'esposizione, che abbiamo fatta fino a questo punto dei principii, che devono regolare l'autorità estraterritoriale delle leggi straniere, abbiamo spesse volte richiamata la massima generale da noi già stabilita nei principii fondamentali, che cioè, la legge straniera non può avere autorità nel territorio di uno Stato che sotto la condizione che non ne segua nessuna offesa delle leggi di diritto pubblico, o di quelle di ordine pubblico. Su codesto principio noi abbiamo fondata la giusta limitazione dell'applicazione delle leggi straniere, che concernono le persone, i beni, gli atti, come pure rapporti giuridici di qualsivoglia natura essi siano, ritenendo sempre, che codeste leggi non possano avere autorità, se il riconoscerla implichi una qualunque deroga al diritto pubblico dello Stato, alle leggi di ordine pubblico o a quelle riguardanti in qualsiasi modo il buon costume. Abbiamo più volte detto che tale eccezione riposa sul concetto, che coteste leggi sono ordinate a tutelare il diritto sociale, e che perciò devono avere autorità esclusiva nel territorio, essendo la tutela del diritto, e degli interessi sociali la principale missione della sovranità.

Nel sistema da noi seguito l'eccezione è una delle parti la più interessante, imperocchè si fondi su di essa tutta la teoria dell'autorità territoriale delle leggi. Riesce quindi indispensabile di chiarire, e di precisare il concetto giuridico di codesta eccezione, onde chiarire e precisare il limite della territorialità e della estraterritorialità delle leggi.

246. Non riesce veramente difficile di determinare le leggi appartenenti al diritto pubblico dello Stato: sono infatti tutti concordi nel riconoscere, che a tale categoria appartengono quelle che mirano a tutelare i principii di organizzazione politica dello Stato, e la divisione e la distribuzione dei poteri pubblici necessari per la vita di esso, e per lo sviluppo della sua attività. Tali sono le leggi costituzionali, le amministrative, le penali: quelle che provvedono alla sicurezza, e che sono denominate leggi di polizia: quelle relative all'ordinamento giudiziario, alle giurisdizioni, alla competenza; ed in generale le leggi che provvedono alla tutela dei diritti degli interessi dello Stato (preso come un tutto) ed alla conservazione di esso.

247. La difficoltà è nata a riguardo delle leggi di ordine pubblico, ed essa è divenuta grave, perchè i legislatori non hanno potuto enumerarle, e la scienza stessa alla sua volta non ci ha porti criteri sicuri, affinchè potesse esserne fatta una enumerazione completa.

Nel Codice civile francese, come osserva opportunamente Laurent, l'espressione *ordine pubblico* è stata adoperata in maniera da far sì che si presti alla confusione.

L'articolo 6° di codesto codice dispone, che non si può con convenzioni private derogare alle leggi, che interessano l'ordine pubblico e i buoni costumi, e gli scrittori, i quali si sono fondati su tale articolo per distinguere le leggi reali, vale a dire quelle che devono avere autorità assoluta nel territorio, hanno inteso diversamente codesta espressione di *ordine pubblico.* Alcuni, infatti, hanno ritenuto che essa designasse le leggi appartenenti al diritto pubblico, il quale senza dubbio è essenzialmente territoriale. Altri l'hanno intesa come adoperata per denotare le leggi, che mirano all'interesse generale, considerando che la medesima si trova adoperata in questo senso nell'art. 1133 del codice civile francese, il quale definendo la causa illecita nelle con-

venzioni così dispone: « Essa è illecita quando è proibita dalla legge, e quando è contraria all'ordine pubblico ed al buon costume ». Altri scrittori hanno considerato come leggi di ordine pubblico quelle, che stabiliscono lo stato delle persone e la capacità o incapacità che ne resulta. Su questo concetto è stata fondata la teoria, che ritiene, che debbano essere retroattive le leggi, che concernono lo stato delle persone, perchè codeste leggi interessano l'ordine pubblico (1).

248. Laurent, a quel che pare, non trova una sostanziale distinzione tra le leggi di ordine pubblico e il diritto pubblico. « Dans le langage juridique ces expressions sont synonymes » (2). Egli adduce soltanto a sostegno della sua opinione, che quando si trattò della discussione del codice civile francese le espressioni diritto pubblico e ordine pubblico, furono adoperate promiscuamente, e che Portalis dichiarò espressamente che il codice intendeva per *ordine pubblico* quello che i giureconsulti romani denominavano *diritto pubblico*, al quale non si poteva derogare, e che essi consideravano in opposizione alle leggi di interesse privato, alle quali le persone potevano derogare mediante convenzioni da esse fatte.

249. Tra i giureconsulti italiani il Borsari ha sostenuto, che le parole adoperate dal legislatore nostro nell'articolo 12, che esclude l'applicazione delle leggi straniere, che deroghino alle leggi proibitive del Regno, che concernono le persone, i beni o gli atti, siano come una parafrasi delle parole diritto pubblico interno.

250. Nella materia della quale ci occupiamo, la questione dev'essere esaminata non solo sotto un punto di vista generale, ma altresì sotto quello particolare, che più direttamente c'interessa, come è quello di determinare le leggi, le quali devono avere autorità esclusiva nel territorio dello Stato, e da cui non si può derogare invocando l'applicazione di una legge straniera ad esse contraria o da esse dissimile.

(1) Confr. Merlin, *Effet rétroactif*, *Répert.* — Demolombe, *Cod. civ.*, V, 1. — Bianchi, *Elementi del Codice civile*, vol. I, *Nozioni preliminari*, § 2. — Borsari, *Comment. al Cod. civ.*, e Gabba, *Retroattività delle leggi*, il quale riferisce le opinioni degli scrittori ed espone accuratamente la dottrina e la legislazione relativa, vol. II, cap. II.

(2) *Droit civil international*, tom. II, §§ 204.

Sotto il punto di vista generale noi abbiamo già detto, che una differenza dev'essere fatta tra il diritto pubblico e le leggi di ordine pubblico propriamente dette. Noi riteniamo, che non si debbano riguardare come appartenenti a questa seconda categoria tutte le leggi di ordinamento sociale, imperocchè sotto questo rispetto tutte le leggi dovrebbero essere considerate come d'ordine pubblico: quelle medesime, che provvedono agli interessi particolari dei privati, e che regolano l'attività di ciascuno ad esclusivo vantaggio di lui, provvedono pure agli interessi sociali eliminando la confusione e l'anarchia. Le leggi di ordine pubblico, alle quali non lice mai ai privati di derogare, ci sembra invece che siano precisamente quelle, di cui il fine diretto e principale è l'interesse dei terzi, e la conservazione delle istituzioni sociali.

Ogni qualvolta in una disposizione di legge non sia solamente in causa l'interesse generale, ma questo debba bensì essere reputato *il fine diretto e principale* di essa, la medesima deve essere considerata nella categoria delle leggi di ordine pubblico.

251. Passando ora ad esaminare la legge straniera di fronte alle leggi dello Stato, onde decidere quando debba essere ammessa la sua autorità estraterritoriale, vale a dire quando essa debba essere considerata efficace a regolare in estero paese i rapporti giuridici sommessi al suo impero, e quando la legge di uno Stato, a cagione dell'autorità assoluta che deve avere di esso nel territorio, debba escludere qualsiasi impero di legge straniera, notiamo, che le teorie poste innanzi dagli scrittori non ci sembrano sufficienti a risolvere completamente codesta grave controversia, e che neanche ci sembra chiara e precisa la regola posta dal legislatore italiano.

252. Brocher ha stimato di trovare un criterio decisivo, onde determinare i limiti dell'applicazione di una legge straniera, distinguendo le leggi di ordine pubblico interno da quelle di ordine pubblico internazionale, le quali ultime sono quelle, che sanciscono principii di ordine superiore, e delle quali ciascuna sovranità deve considerarsi tenuta non solo a reclamare direttamente il rispetto nel suo proprio territorio, ma ad escludere ancora in questo ogni influenza di legge straniera, che potesse agire in senso ad esse contrario. Così egli dice sono le leggi

che vietano la schiavitù, la morte civile, o altre simili istituzioni condannate nel territorio (1).

253. Mancini ed Asser nel loro rapporto presentato all'Istituto di diritto internazionale formularono così la regola per determinare il concetto giuridico della territorialità della legge. « Le leggi personali dello « straniero non possono essere riconosciute, nè avere effetto nel terri- « torio sommesso ad altre sovranità, se esse sono in opposizione col « diritto pubblico e con l'ordine pubblico di questo stesso territorio. »

254. Codesta formula, per quello che concerne la limitazione fondata sull'essere la legge personale straniera in opposizione con l'ordine pubblico del territorio, ci sembra vaga ed indeterminata. Ammettendo infatti, che la legge personale straniera non dovesse essere riconosciuta, ad esempio, in Italia, quando fosse in opposizione con l'ordine pubblico, ne seguirebbe, che le leggi, che provvedono all'ordinamento della famiglia italiana nell'interesse generale, e che mirano quindi a tutelare l'ordine pubblico a riguardo di coloro, che sono soggetti all'impero della legge nostra, dovrebbero essere applicate anche agli stranieri, e che conseguentemente la legge personale straniera dissimile dalla nostra o ad essa contraria non dovrebbe avere nessuna autorità per regolare in Italia lo stato delle persone soggette al suo impero.

Per conservare l'ordinamento della famiglia il legislatore italiano ha stabilito, che nessuno possa contrarre altre nozze, se già sia avvinto dal vincolo matrimoniale, e che il matrimonio non si possa sciogliere, che con la morte di uno dei coniugi. Ora, essendo tutto ciò evidentemente di ordine pubblico, la legge personale dello straniero, che dichiarasse il matrimonio risoluto col divorzio legalmente pronunciato, e che attribuisse conseguentemente alla persona, ch'era prima coniugata, e che avesse ottenuto il divorzio, la facoltà di contrarre matrimonio, non potrebbe essere riconosciuta in Italia, perchè codesta legge sarebbe in opposizione con l'ordine pubblico. Lo che, come dimostreremo a suo luogo (2), non è sostenibile.

---

(1) Brocher, *Droit international privé*, tom. I, *Introduction générale* e sect. III, § 44.

(2) Vedi la Parte speciale, Capitolo sul *Divorzio.*

Ma vi ha di più.

Tutte le leggi proibitive, che sono contenute nel nostro codice si devono considerare come leggi di ordine pubblico, essendo che il divieto del legislatore importi, che a niuno possa mai essere concesso d'intraprendere nulla, o di mettere in essere nulla, che sia in opposizione con lo stesso divieto. Ora, siccome l'autorità di codeste leggi proibitive nel territorio soggetto alla sovranità è assoluta, a cagione dell'essere esse destinate a tutelare l'ordine pubblico, così, accettando la formula proposta da Mancini, ne seguirebbe, che la legge personale dello straniero non potrebbe essere riconosciuta in Italia, se essa fosse in opposizione con le leggi proibitive contenute nel codice italiano, perchè essa sarebbe in opposizione con l'ordine pubblico.

Onde citare alcuni esempi diremo, che il legislatore italiano, volendo dare migliore assetto alla tutela secondo il sistema da esso sancito, ha disposto, che il tutore non possa assumere l'esercizio della tutela, se non vi sia protutore, e che incomba ad esso di promuoverne la nomina senza ritardo, se non sia stato già nominato (art. 265). Così pure ha disposto, che non possa essere tutore o protutore la donna, che non sia del pupillo o ascendente o sorella germana non maritata (art. 268): che il figlio che non abbia compiuti gli anni 25, e la figlia i 21, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre o della madre, e via dicendo. Ora siccome le ricordate leggi e le altre ad esse somiglianti mirano a tutelare l'ordine pubblico a seconda dei criteri prevalenti nella legislazione nostra, le leggi straniere in opposizione con esse non potrebbero essere riconosciute ed avere effetto nel territorio italiano a cagione dell'essere esse in opposizione con l'ordine pubblico di esso. Conseguentemente al tutore straniero, il quale fosse stato istituito in tale ufficio in virtù di legge straniera, la quale non imponesse l'obbligo del protutore, e che avesse assunto legalmente l'esercizio della tutela a norma della sua legge personale, si potrebbe opporre, che per potere amministrare i beni del pupillo, che si trovassero in Italia ed esercitare rispetto ad essi i diritti della tutela, dovrebbe far nominare il protutore, perchè la legge sua, che da tale obbligo lo dispensasse, non potrebbe avere nessun effetto in Italia.

Intendendo in questa guisa la regola secondo cui dovrebbe determinarsi l'autorità territoriale o estraterritoriale delle leggi, nè seguirebbe, che le leggi straniere non potrebbero produrre nessun effetto nel territorio soggetto ad altra sovranità, se esse fossero in opposizione con le leggi proibitive imperanti nel territorio medesimo, lo che importerebbe poi, che esse dovrebbero essere riconosciute efficaci nel solo caso, che fossero conformi alle leggi territoriali, che provvedessero alla tutela dell'ordine pubblico.

255. La norma sancita dal legislatore italiano non è in vero nè più precisa, nè meglio determinata, avendo infatti esso disposto che « in nessun caso le leggi straniere potranno derogare alle leggi proibi-« tive del regno che concernono le persone, i beni o gli atti, nè alle « leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico, ed il buon « costume ». Codesta forma con cui è redatto l'art. 12 delle disposizioni generali è stata, da tutti i giuristi italiani, considerata vaga ed incerta. Tutto quello, che si può dire per spiegare la cosa, è, che il legislatore italiano, avendo sancito la più ardita riforma legislativa, e non potendo esso medesimo prevedere le conseguenze, che potevano derivarne in pratica, sancì di proposito l'eccezione in un modo largo e non bene determinato, onde lasciare così ampio campo alla magistratura di salvare e di tutelare le nostre istituzioni, il diritto sociale, e tutto quello che interessava conservare, e a cui non si doveva derogare mediante l'applicazione di leggi straniere.

256. Lasciando da parte quello che gli altri scrittori hanno pensato, e che i legislatori hanno disposto, a noi pare, che per determinare i limiti dell'autorità della legge straniera sul territorio soggetto ad altra sovranità, bisogni mettere la questione sotto il giusto punto di vista. Non possiamo accettare la distinzione, che si è voluta fare tra leggi di ordine pubblico interno e leggi di ordine pubblico internazionale. Questo complicherebbe la soluzione della questione. Le leggi di ordine pubblico devono avere autorità assoluta nel territorio non solo nel senso, che a coloro, che devono sottostare all'impero del legislatore, non possa essere mai lecito d'intraprendere nulla nel territorio, che sia in opposizione con codeste leggi, ma nel senso altresì, che non possa essere mai lecito a nissuno di stabilire di fronte alla legge

un fatto giuridico qualsiasi, ogni qualvolta che il riconoscimento legale di esso importi lesione ed offesa di tali leggi.

Ciò posto, ne consegue, che qualora le persone, le quali non fossero soggette di per sè stesse all'impero della legge territoriale, volessero invocare la legge straniera a fine di far riconoscere o far valere in virtù di essa nel territorio soggetto ad altra sovranità un rapporto o un fatto giuridico, che implicasse per sè medesimo lesione ed offesa di una legge di ordine pubblico vigente in codesto territorio, non lo potrebbero fare, perchè non potrebbero pretendere, che la legge straniera potesse avere autorità per legittimare nel territorio soggetto ad altra sovranità l'esistenza o il riconoscimento di un fatto giuridico, da cui seguisse la deroga ad una legge territoriale di ordine pubblico. In altri termini noi riteniamo, che nel territorio soggetto ad altra sovranità non si possa in virtù di legge straniera stabilire nessun fatto giuridico, che sia in opposizione col diritto pubblico o con una legge che per motivi di ordine pubblico non ammetta l'esistenza di cotale fatto giuridico, o espressamente lo inibisca.

257. Tutta la differenza tra la formola, che noi proponiamo e quella proposta dal Mancini e dagli altri consiste in questo, che cioè, a nostro modo di vedere la limitazione non deve fondarsi sull'essere la legge straniera in opposizione con la legge territoriale, ma bensì sull'essere il fatto giuridico, che in virtù di una legge straniera si vuole porre in essere nel territorio soggetto ad altra sovranità, o sull'essere gli effetti di codesto fatto giuridico posto in essere all'estero, e che devono poi svolgersi nel territorio dello Stato, in opposizione col diritto pubblico territoriale o con le leggi di ordine pubblico ivi vigenti.

La differenza è di grande momento, quantunque non sembri tale a primo aspetto, tanto è vero, che basta per metterla in rilievo di notare, che, stando nel primo ordine d'idee, il figlio naturale straniero, che avesse fatto stabilire il suo stato mediante la prova data della paternità conformemente alla legge personale di lui, che permettesse le indagini sulla paternità, non potrebbe essere ammesso ad invocare in Italia l'applicazione di codesta legge, perchè essa sarebbe in opposizione con l'ordine pubblico secondo i criteri prevalsi nella legislazione nostra, che inibisce le indagini sulla paternità; mentre che nel sistema

da noi proposto la limitazione in questo caso non avrebbe luogo. Si tratterebbe infatti di una persona, che avendo acquistato legalmente un diritto secondo la legge personale, a cui essa dovesse essere soggetta, invocherebbe in Italia la sua legge personale, a fine di stabilire, che lo stato di figlio naturale fu da essa legalmente acquistato, e domanderebbe inoltre, che gli effetti civili dello stato legalmente acquistato fossero riconosciuti. Ora in tutto ciò non vi ha nulla che offenda i diritti e gli interessi della sovranità italiana, imperocchè dall'avere essa sancito il divieto di dare la prova della paternità, e dall'averlo sancito per mantenere l'ordine nella famiglia, non si può dedurre che essa abbia voluto dettare la legge al mondo, e proclamare in opposizione con l'ordine pubblico, che in un paese straniero, il quale abbia un sistema di leggi informato a principii diversi, lo stato di filiazione non possa essere stabilito mediante la prova data. La legge straniera, che permetta le indagini sulla paternità, deve pure essere riguardata come basata sui principii di ordine pubblico intesi con diversi criteri. Il legislatore, il quale ha concesso tale permesso, ha al certo considerato, che l'obbligare coloro che generano nella colpa a soddisfare quei doveri, che la stessa natura impone, e a sopportarne tutti gli oneri, poteva essere un freno efficace a diminuire la procreazione illecita: laonde ha ritenuto opportuno, onde conservare l'ordine nella famiglia, l'ammettere le indagini e la prova della paternità. L'indipendenza delle sovranità, e la loro autonomia legislativa, impediscono, che l'una pretenda d'imporre all'altra i propri criteri morali e l'uniformità di principii circa il modo d'intendere l'ordine pubblico. Da ciò ne deriva, che la sovranità italiana non ha nessun interesse, nè può considerarsi offesa, da che lo stato di filiazione sia stabilito nel territorio soggetto ad altra sovranità in conformità della legge, a cui di questa siano soggetti cittadini; e che codesta legge possa essere efficacemente invocata in Italia per far riconoscere lo stato di filiazione legalmente acquistato non ostante che essa legge straniera sia in opposizione con la nostra.

La sovranità italiana non può neanche considerarsi lesa ed offesa da che lo straniero, che abbia acquistato legalmente lo stato di figlio naturale, voglia far valere in Italia gli effetti civili della filiazione, come sarebbe ad esempio il caso dell'istanza da esso fatta, per essere am-

messo alla successione paterna. Possiamo forse dire che l'ordine pubblico sia offeso, se colui che abbia legalmente acquistato uno stato personale in conformità della legge, cui è soggetto, lo faccia valere per esercitare i diritti che da esso derivano?

L'ordine pubblico sarebbe offeso in Italia se, permettendo la legge straniera la prova della paternità, anche quando essa potesse valere a provare la filiazione adulterina, il figlio di uno straniero avesse nel suo paese data la prova di essere stato procreato da uno straniero e da una donna maritata italiana. Qualora egli volesse dedurre in Italia le conseguenze giuridiche dello stato legalmente acquistato a norma della sua legge personale, questo sarebbe contro l'ordine pubblico, imperocchè lo stabilire legalmente la filiazione adulterina di fronte alla legge nostra è un fatto giuridico di per sè stesso in opposizione coi principii di ordine pubblico esistenti presso di noi. In tale ipotesi la limitazione dell'autorità della legge straniera, troverebbe il suo fondamento su di questo, che cioè, il fatto giuridico, che mediante essa s' intendesse di stabilire, sarebbe di per sè stesso in opposizione con l'ordine pubblico territoriale.

258. Noi dobbiamo ripetere che le leggi straniere, anche quando siano dissimili ed opposte alle leggi territoriali di ordine pubblico, possono avere autorità in uno Stato onde stabilire i diritti a norma di esse acquistati, purchè però il fatto giuridico, che in virtù della legge straniera si vuole stabilire, non sia di per sè stesso in opposizione col diritto pubblico, o con le leggi di ordine pubblico, vale a dire con quelle che mirano direttamente alla tutela del diritto sociale e delle pubbliche istituzioni.

Per rendere più chiaro il nostro concetto dobbiamo notare, che l'autorità delle leggi di ordine pubblico nel territorio soggetto alla sovranità è assoluta nel senso, che non può essere mai lecito a coloro, che di questa devono sottostare all'impero, d'intraprendere nulla o di fare nulla, che sia in opposizione con esse. Giova però di considerare, che le leggi di ordine pubblico si possono distinguere in due grandi categorie. Alla prima appartengono quelle, le quali, per dare migliore assetto e sviluppo a certi istituti giuridici proibiscono un dato modo di acquistare o di esercitare un diritto. Così è ad esempio la legge che

inibisce l'adozione, e quella che l'ammette vietandola rispetto al figlio naturale, o rispetto al minore che non abbia un certo numero di anni, o quella che inibisce il matrimonio senza che uno abbia ottenuto prima il consenso dei genitori e via dicendo.

Alla seconda categoria appartengono quelle, che aboliscono completamente certe istituzioni, e quindi non solo tolgono ogni possibilità di rapporto giuridico a queste relativo, ma tolgono altresì ogni efficacia a qualunque rapporto giuridico, ed a qualunque fatto giuridico il riconoscimento del quale implichi quello dell'istituzione abolita. Tali sono ad esempio le leggi che aboliscono la manomorta, i fidecommessi, i majorascati, i feudi, le servitù personali, la subenfiteusi e via dicendo.

Le leggi della prima categoria esercitano la loro sovranità assoluta, ma rispetto a coloro soltanto che devono sottostare all'impero di essa per quanto concerne l'acquisto dei diritti. Conseguentemente nulla osta che gli stranieri, che devono essere sommessi all'impero del legislatore straniero, acquistino diritti in conformità della loro legge personale, tuttochè questa sia dissimile ed opposta alla legge territoriale vigente colà, dove i diritti acquistati si vogliono poi far valere.

Le leggi della seconda categoria esercitano un'autorità assoluta rispetto a qualunque fatto giuridico, che si voglia porre in essere, o che si voglia far valere nel territorio di uno Stato, sempre che il porlo in essere o il farlo valere implichi il riconoscimento dell'istituzione abolita. La deroga alla legge territoriale di ordine pubblico verrebbe sempre a verificarsi, se avendo questa abolita una data istituzione giuridica, si volesse nel territorio soggetto al suo impero pretendere, che fossero dichiarati efficaci certi rapporti giuridici, o che fosse riconosciuto un fatto giuridico, l'esistenza o il riconoscimento dei quali conducesse a dar vita all'istituzione abolita.

Il legislatore italiano a modo di esempio ha abolito i feudi, le servitù personali propriamente dette, la manomorta. Ora esso non ha soltanto vietato di costituire validamente qualsiasi rapporto giuridico relativo alle istituzioni abolite, ma ha vietato altresì che in Italia possa essere riconosciuto qualunque fatto giuridico, che implichi il dar esi-

stenza giuridica all'istituzione dal medesimo abolita. Riesce evidente, accettando il nostro ordine d'idee, che se in virtù di legge straniera, sotto l'impero della quale fossero stati acquistati i diritti feudali, uno volesse esercitarli in Italia, onde ripristinarvi la servitù feudale, questo non potrebbe mai essere ammesso, imperocchè il ripristinare il feudo, il dar vita ad un istituto giuridico, che non può esistere legalmente nel nostro paese, derogherebbe ad una legge di ordine pubblico, a quella cioè che inibisce ogni possibilità di rapporto giuridico che implichi l'esistenza della servitù feudale.

259. L'autorità delle leggi straniere può trovare pure una giusta limitazione, quando dal riconoscerle efficaci nel territorio soggetto ad altra sovranità derivi l'offesa al buon costume. Codesta limitazione entra però in quella testè esposta, essendochè il mantenere incolumi quei principii morali, che secondo il sentimento generale e le idee prevalenti in ciascun paese sono considerati necessari per tutelare la vita morale del popolo, sia una questione di ordine pubblico.

Essendo sostanzialmente distinto il diritto dello Stato da quello della Chiesa riesce chiaro, che la sovranità non può avere nessuno interesse diretto ed immediato a conservare il principio morale religioso, ma che può esigere, che non resti offeso il sentimento morale, così come esso esiste nella coscienza pubblica.

NB. La teoria esposta in cotesto capitolo, scritta nel 1887, e che si riproduce alla lettera ristampando il volume per mezzo della stereotipia, è stata più largamente sviluppata in seguito, nel vol. III, capitolo 2° del Libro V, §§ 1321-1336.

CAPITOLO VIII.

Della prova del diritto straniero e della sua retta applicazione.

260. Come occorra frequentemente di applicare le leggi straniere — 261. Il giudice è tenuto ad acquistarne la conoscenza, ma non si può presumere che debba averla. — 262. Massime adottate dalle Corti germaniche. 263. Principii prevalenti in Inghilterra. — 264. Sistema seguito in Francia e nel Belgio. — 265. Negli Stati Uniti d'America. — 266. Massima posta dalla Cassazione di Torino. — 267. Il giudice non può considerare la legge straniera come un fatto dedotto in giudizio. — 268. Come egli debba acquistarne d'ufficio conoscenza esatta e sicura. — 269. Proposta fatta da Laurent per facilitare la conoscenza delle leggi straniere. — 270. Proposta da noi già fatta. — 271. Si esaminano altri mezzi idonei allo scopo. — 272. Come procedere se non si arrivasse a conoscere il diritto straniero. — 273. Se l'indebita applicazione della legge straniera possa dar luogo a ricorso in Cassazione.

260. I principii esposti nei precedenti capitoli valgono a considerare come stabilito; che le leggi straniere, potendo avere anche autorità nel territorio soggetto ad altra sovranità, debbano essere applicate dai giudici in ogni caso che si debba, secondo esse, decidere la controversia. Per le questioni attinenti allo stato personale, siccome si ammette generalmente, che le leggi personali debbono in massima regolare i cittadini dovunque essi si trovino, così ne segue che i magistrati di ogni paese debbano, a norma di esse, decidere le dispute circa lo stato delle persone ed i rapporti di famiglia. Può inoltre accadere che occorre applicare le leggi straniere per decidere circa le forme legali degli atti, e circa i diritti di successione e via dicendo.

261. Ora è indispensabile che il giudice conosca le leggi, che deve applicare, e siccome le leggi straniere non sono portate a conoscenza dei giudici mediante la legale pubblicazione, così come accade per le leggi dello Stato, perciò bisogna stabilire in quale maniera il giudice debba acquistarne conoscenza.

È certo che l'adagio *jura novit curia*, col quale si arriva ad escludere l'*ignorantia juris* rispetto alle leggi promulgate all'interno

di ciascuno Stato, non trova applicazione quando si tratti di leggi straniere. Posto non pertanto come principio, che incomba al giudice di applicare la legge, alla quale deve essere ritenuto soggetto ciascun rapporto giuridico, è di grande momento lo stabilire come il diritto straniero debba essere accertato.

262. La Suprema Corte degli Stati dell'Impero Germanico stabilì le seguenti massime nella sua sentenza del 14 febbraio 1874. Benchè il giudice debba applicare la legge straniera, per quanto la conosca, e possa a tale oggetto procurarsene la conoscenza d'ufficio, non si deve non pertanto considerare come un obbligo di lui di conoscere il diritto straniero o procurarsene la conoscenza d'ufficio: e la regola *jura novit curia* non si deve estendere al diritto straniero ... Quando si tratti di un diritto straniero ignoto al giudice, incombe alla parte, che intende di valersene, di darne la prova al tribunale: in caso contrario essa non potrà dolersi, se il giudice non si trovi in grado di applicare un principio di diritto straniero, che egli non conosce, e se sia perciò obbligato a decidere in conformità del diritto nazionale, di lui, che gli è noto (1).

Tale sentenza restringe quindi l'obbligo del giudice ad applicare la legge straniera, quando egli stesso ne abbia personale conoscenza, o quando la parte, che intenda valersene, dia tali prove da ingenerare il convincimento di lui. Non è escluso, che il giudice possa prendere anche d'ufficio le informazioni necessarie, ma esso non è a ciò obbligato, e in ogni caso di dubbio, egli può presumere la concordanza del diritto straniero col diritto indigeno, in virtù della regola generale, che chiunque voglia valersi di una regola di diritto derogatoria al diritto patrio, debba stabilirne l'esistenza (2).

263. La dottrina inglese in materia di prova della legge straniera è riassunta da Westlake, il quale ci riferisce, che anche in Inghilterra

---

(1) Sachz, *Les arrêts de la Cour suprême commerciale de Leipzig; Revue de droit inter.*, 1874, p. 230. Vedi ivi le varie sentenze citate, nelle quali le massime enunciate furono applicate.

(2) Conf. Bar, *Das internat. privat und Strafrecht*, § 32, e Goldshmidt, *Handbuch des Handetsrechts*, § 38.

colui, che invochi un'istituzione straniera, e che ne adduca l'esistenza e la natura sua differente da quella quivi conosciuta, deve darne la prova. Mancando tale prova si presume, che le legislazioni straniere siano identiche a quella inglese, eccetto solamente certe speciali istituzioni, che in Inghilterra non funzionano, che mediante un organizzazione speciale come, ad esempio, è il fallimento.

La differenza tra la legislazione straniera e quella inglese essendo un fatto, ne deriva che spetti al Giurì, se ve ne sia uno, di giudicare circa la rilevanza della prova, che sia data.

Ne segue altresì, che bisogni provare la legislazione straniera di nuovo ogni volta che la parte, che voglia trarne partito, invochi l'applicazione di essa. Non gioverebbe che il tribunale ne avesse già preso conoscenza precedentemente mediante la prova data. Il diritto straniero potrebbe infatti essere stato mutato da una nuova legge o dalla nuova giurisprudenza.

La legislazione straniera deve sempre essere provata mediante testimonianza di esperti. Anche se si tratti di una legge scritta o di un Codice, non basta di produrlo, nè è necessario che l'esperto, che ne fa menzione lo produca. L'oggetto della questione, e quello su di che deve cadere per conseguenza la testimonianza dell'esperto, non è il testo di una legge, ma il diritto che ne risulta per forza d'interpretazione scientifica, e di giurisprudenza. Ogni persona che è *peritus virtute officii* è ammessa come testimone a riguardo della legislazione straniera, e non sono solamente ammessi i giudici e gli avvocati.

Bisogna che il giudice o il *jury*, secondochè l'uno o l'altro funzioni in quella data causa, ponderi accuratamente quello che gli esperti chiamati come testimoni hanno detto, e deve specialmente fare ciò, se i loro pareri siano oscuri, e in disaccordo. Se al giudice risulti che gli esperti abbiano ragionato male, può non ostante tirare le sue conclusioni dai testi citati, ma non può mai riferirsi a testimoni che gli esperti non abbiano citati.

Secondo una legge del 1859, stat. 22 e 23, Vittoria, cap. 63, ogni tribunale, avente sede in una parte qualsiasi dei dominii britannici, può consultare una Corte suprema di qualunque altra parte degli stessi dominii intorno al diritto che, secondo la legislazione vigente in quella

data parte dei dominii britannici, risulterebbe dai fatti menzionati nella domanda.

Le parti possono essere intese dinanzi alla Corte, il di cui avviso sia richiesto: formulato però il parere dalla Corte richiesto, il tribunale richiedente è tenuto ad applicare il parere ottenuto (salvo a sottometterlo al *jury*, se ve ne sia uno, e se l'avviso sia stato richiesto prima che l'affare fosse stato deferito ad esso) come prova concludente o no (secondo che esso tribunale giudicherà conveniente), del diritto che nella sentenza sia da esso dichiarato... Ma nè la Camera dei Lords, nè il Consiglio privato, se l'affare sia stato portato in appello, sono tenuti a seguire l'avviso dato da una Corte inferiore.

Secondo poi la legge del 1861, st., 24 e 25, Vittoria, cap. 11, la Regina può stipulare convenzioni con gli Stati stranieri per convenire, che ognuna delle Corti supreme, che ha la sede in una parte qualunque dei dominii britannici, possa consultare una delle Corti supreme dell'altro paese intorno al diritto che, secondo la legislazione del suo proprio Stato, risulterebbe dai fatti menzionati nella domanda. Però la Corte, che avesse domandato il parere, non sarebbe tenuta ad applicarlo. Essa potrebbe domandare un avviso ulteriore alla stessa Corte straniera mantenendo o emendando la narrazione dei fatti, o potrebbe consultare un' altra Corte suprema dello stesso Stato. La medesima legge dispone che le Corti Britanniche devono rispondere alle questioni che potranno essere indirizzate ad esse dalle Corti straniere (1).

264. Nella Francia e nel Belgio, ai tempi in cui erano in vigore i diversi costumi, e si trattava di accertare quale fosse la consuetudine vigente in una od in un'altra Provincia, si usava ricorrere agli atti di notorietà, i quali erano fatti da giureconsulti o da avvocati, che attestavano l'usanza vigente in un dato luogo, e codesti atti avevano gran peso, quando erano rilasciati da persone competenti nominati d'ufficio dal tribunale stesso, che dovea giudicare. I pareri dei periti rilasciati

(1) Vestlake, *La doctrine anglaise en matière de droit international privé* nella *Revue de droit internat.*, an. 1882, p. 304, e la sua opera *Treatise on private international Law*, §§ 334-341.

a richiesta delle parti aveano un'importanza minore, e si valutavano a preferenza le prove addotte dai giurisperiti stessi in appoggio della loro opinione.

Nell'attualità la giurisprudenza francese e quella belga sono fondate, come dice Laurent (1), su di un principio che potrebbe ingenerare una vera confusione d'idee. Esse considerano il diritto straniero come un fatto che dev'essere provato, e ammettono, che la prova debba essere secondo il diritto comune. Dal che il citato scrittore conclude, che gli atti di notorietà non essendo ammessi tra le prove legali, tale mezzo di prova non è più ammessibile. Codesta dottrina può produrre, come abbiamo detto, una vera confusione, perchè, ritenendo che la legge straniera non sia altro che un fatto che debba essere provato, bisognerebbe pure applicare le regole stabilite dal Codice sulle prove legali, e si dovrebbe pure ammettere, che si potesse deferire il giuramento sulla esistenza della legge e sulla conformità della medesima col testo prodotto negli atti. Locchè condurrebbe ad un controsenso giuridico: poichè essendo il giuramento una transazione si verrebbe a transigere sul diritto in vigore.

265. In America, la massima prevalente è che la legge straniera deve essere provata davanti al giurì come qualunque altra questione di fatto. Così fu ritenuto dalla Suprema Corte di Massachusset nel 1868, e da quella di New-Hampshire (2).

266. Pare che questa medesima teoria si vorrebbe ammettere anche in Italia a giudicarne dalla massima proclamata dalla Corte di cassazione di Torino nella causa Mosca contro Ripa. « La legge straniera, disse la Suprema Corte, non potendo essere presso di noi tenuta in conto, fuorchè quale un semplice documento che per avventura possa suffragare l'intento delle parti, sarebbe stata indispensabile la produzione del Codice civile della Luigiana, onde porre in grado questa

---

(1) Laurent, *Droit civil inter.*, tom. II, § 267. — Fœlix, *Droit international privé*, n° 18. — Mailher de Chassat, n[i] 86 e 240. — Pardessus, *Droit comm.*, n° 1494.

(2) Wharton, *Conflict of Laws*, § 771. — Story, *Conflict of Laws*, §§ 37 e 38 e le note ivi.

suprema Corte di potere statuire, se i giudici di merito l'abbiano bene o male interpretato od applicato » (1).

Perlochè il difetto di tale produzione è per sè solo d'ostacolo a che si possa prendere in considerazione il mezzo dedotto della sua violazione.

267. Facendoci a risolvere la questione nel campo dei principii del diritto ci sembra, che non possa ammettersi, che la legge straniera debba essere considerata come un fatto, di cui il giudice debba tener conto, quando sia stato allegato, ed invocato dalla parte interessata, e che incombe a questa l'obbligo di darne la prova, ed al giudice quello di applicare la legge straniera secondo che sia stata prodotta e provata. Questo deve ammettersi senza dubbio nel sistema sancito dal legislatore italiano, imperocchè avendo egli imposto ai tribunali nostri di decidere secondo la legge nazionale le questioni relative allo stato delle persone ed ai rapporti di famiglia, e di applicare la legge estera negli altri casi contemplati negli articoli 6-9 delle disposizioni generali, ha reso obbligatorio per essi di applicare in codesti casi la legge straniera. Conseguentemente, essendo il diritto straniero quello secondo cui il giudice italiano deve decidere, è indispensabile di ammettere (ritenendo pure che questi non sia obbligato a conoscerlo), che debba nondimeno procurarsene d'ufficio la conoscenza.

268. Non si può al certo sostenere di fronte alla legislazione italiana, che la legge straniera possa essere considerata come un fatto, un allegato, un documento, il quale debba essere stabilito dalle parti interessate, e di cui il giudice debba tener conto per quanto sia stato stabilito mediante le produzioni e le prove date, come disse la Cassazione di Torino. No, la teoria della nostra Corte non è assolutamente giustificabile, imperocchè, essendo la legge straniera *il Diritto* secondo cui il giudice italiano deve decidere, il cómpito di lui non può essere limitato a giudicare *secundum alligata et probata*, ma egli deve invece ritenersi obbligato a fare d'ufficio tutte le opportune indagini onde acquistare una cognizione esatta e sicura del diritto straniero, serven-

(1) Cass. di Torino, 23 aprile 1884, Mosca c. Ripa, *La Giurisprudenza*, anno 1884, p. 471.

dosi a tale scopo di ogni mezzo, compreso quello d'imporre alle parti di dargli gli opportuni schiarimenti, onde potere raggiungere il suo intento.

Noi per altro opiniamo, che lo stesso debba essere a seconda dei principii del diritto internazionale, imperocchè, avendo dimostrato che a norma di codesti principii il giudice debba applicare la legge, alla quale sono soggetti secondo la natura delle cose i rapporti giuridici controversi, non si può fare a meno di ammettere, che esso debba procurarsi d'ufficio l'esatta cognizione della legge straniera, essendo che essa sia *il diritto* secondo cui deve decidere. Questa è l'opinione di molti riputati scrittori contemporanei (1).

Sorge per altro la grave difficoltà dei modi opportuni per acquistare la cognizione esatta e sicura del diritto straniero. Il giudice non può fondare la sua decisione su di una legge che egli crede probabilmente di conoscere, ma deve invece fondarla sulla legge da esso conosciuta esattamente e sicuramente per quanto è possibile. A che si ridurrebbe l'autorità dei giudicati, se fossero pronunciati applicando leggi diverse da quelle che dovrebbero essere applicate?

Un'altra grande difficoltà si è quella, che s'incontra nella pratica per acquistare la conoscenza esatta e sicura del diritto straniero.

269. Laurent vagheggia l'attuazione di un voto fatto da un eminente giureconsulto americano, Story, col quale esprime il desiderio, che la raccolta delle leggi di ciascun paese sia ufficialmente comunicata dal Governo ai Governi stranieri (2).

---

(1) Laurent, *Droit civ. inter.*, tom. II, §§ 262 e segg. — Bar, *Das intern. privat und Strafrecht*, § 32. — Asser, *Droit intern. privé*, § 11.

(2) Loc. cit., § 272. — In conformità di tale voto fu riunita una Conferenza a Bruxelles nell'agosto del 1880 onde regolare lo scambio delle pubblicazioni ufficiali tra i varii Governi, il progetto però non ottenne completa approvazione che da parte di alcuni Governi soltanto. Nella 2ª Conferenza riunitasi nel 1883 furono discussi e compilati due progetti di Convenzioni: uno relativo allo scambio internazionale dei documenti ufficiali e delle pubblicazioni scientifiche, l'altro per lo scambio dei documenti parlamentari. Tali Convenzioni furono sottoscritte dagli Stati che aderirono a Bruxelles il 15 marzo 1886. Il nostro Governo ha quindi concluso varii accordi coi Governi di altri Stati per lo scambio delle rispettive pubblicazioni ufficiali. Vedi *Raccolta dei trattati*, vol. X, pag. 845.

Sarebbe certamente utile se così si praticasse; occorrerebbe però innanzi tutto una traduzione esatta delle leggi, il che non riescirebbe certamente agevole, se fosse fatta da persone che conoscessero la lingua, ma non il valore tecnico delle parole, e che potrebbero inscientemente falsare il significato giuridico di una disposizione. Inoltre bisogna considerare che, con la smania legislativa dei Parlamenti, le leggi di tutti i paesi civili formano una collezione così enorme, che deve riuscire poi molto difficile di farsi un'idea pressochè esatta del diritto straniero. Non basta neanche la vita di un uomo per acquistare una cognizione pressochè esatta del diritto nazionale. In Inghilterra i giurisperiti si limitano a studiare l'una o l'altra parte della loro legislazione, e non pretendono di divenire periti che in quella parte solamente da essi studiata.

Non giova dissimulare, che nell'attuale stato di cose s'incontra una deplorevole laguna nell'applicare i principii di diritto internazionale privato, e mentre sono frequenti i casi nei quali i tribunali sono tenuti ad applicare le leggi straniere, i legislatori stessi i quali impongono ad essi tale obbligo (come ha fatto il legislatore nostro), non hanno nulla provveduto circa il modo di conoscere esattamente il diritto straniero.

270. Quando trattammo di questo stesso argomento in altro libro, ci sembrò opportuno di proporre come espediente il più efficace di rendere obbligatorio mediante trattati fra i tribunali di paesi diversi di dare esatte informazioni circa la legge positiva in vigore nello Stato, quando fossero richiesti dal tribunale investito di una causa, e ci parve che tale còmpito avrebbe dovuto essere affidato alle Corti supreme con corrispondenza diretta e senza servirsi della via diplomatica (1). Ora soggiungiamo, che, anche quando non esistano trattati, il meglio che si possa fare da parte del tribunale investito di una causa, quando con tutti i mezzi, di cui può disporre, esso non arrivi ad acquistare conoscenza esatta del diritto straniero, si è di rivolgersi con una roga-

(1) Vedi la mia opera *Effetti inter. delle sentenze*, parte 1ª, materia civile, § 53 (Torino, Lœscher, 1875), la proposta da me fatta in codesto libro fu poi riprodotta da PIERANTONI nel *Filangieri*, 1883.

toria al tribunale straniero, richiedendo da esso informazioni circa quella data regola di diritto, sulla quale si ha il dubbio. Una rogatoria in questo senso potrebbe essere sempre giustificata dal principio della *comitas gentium*, e dalla mutua assistenza di tutti gli Stati civili rispetto alla retta amministrazione della giustizia.

Non intendiamo con questo di dire che il tribunale potesse rivolgersi alla Corte suprema straniera richiedendo ch'essa dichiarasse quale sarebbe il diritto applicabile al fatto controverso. Questo condurrebbe a snaturare l'organismo del potere giudiziario, il quale è istituito per giudicare e decidere le contestazioni tra i privati, e non per dare pareri intorno a controversie di diritto. Diciamo soltanto che il tribunale straniero potrebbe essere richiesto per conoscere, se una data legge fosse in vigore. L'applicazione di essa poi alla specie di fatto, che formasse oggetto della controversia, dovrebbe essere lasciata al tribunale giudicante.

271. Vi possono pure essere altri mezzi per conseguire lo stesso scopo senza ricorrere a quello da noi proposto, e deve essere lasciato al prudente arbitrio del tribunale giudicante di valersene. Uno di essi potrebbe essere il richiedere a persone competenti *ratione officii* un parere motivato e ragionato a riguardo del diritto applicabile al fatto. E siccome occorrerebbe di ottenere un'opinione imparziale, così potrebbe riuscire opportuno, che il tribunale giudicante nominasse le persone destinate a dare il parere legale *pro veritate*, le quali non dovrebbero essere in numero minore di tre; in questo modo agendo potrebbe il tribunale trovare nelle ragioni dibattute ed esposte dai periti, quanto potesse bastare ad illuminarlo.

Gli agenti diplomatici potrebbero pure essere opportunamente adoperati, e nulla osta che il tribunale si rivolga ai Consoli residenti all'estero a fine di conoscere, se una data legge sia in vigore in quel dato paese, e sopratutto poi onde acquistare cognizione del tenore e del valore giuridico delle leggi e degli usi commerciali. Bisogna però tener presente, quando si voglia agire in questo modo, che le informazioni dei Consoli debbono essere considerate come uno dei mezzi istruttorii il più valutabile per conoscere la legge vigente nel paese, in cui essi esercitino il loro ufficio, pur tuttavia la loro dichiarazione non

può essere riguardata come prova autentica e concludente del diritto straniero. Spetta sempre al magistrato, che deve giudicare, di apprezzare liberamente col suo prudente arbitrio il valore delle informazioni avute dai consoli, così come di qualunque altro mezzo istruttorio da esso ordinato.

272. Può anche accadere, che i mezzi istruttorii ordinati dal tribunale affine di conoscere il diritto straniero, e le prove di esso date alle parti interessate non riescano efficaci a stabilire, quale il medesimo sia. In questo caso non ci sembra, che si possa assolvere il convenuto allo stato degli atti, così come quando manchi nel giudizio la prova di un fatto dedotto. Il giudice, che non trovasse in tale circostanza la regola di diritto per decidere la lite, dovrebbe non per tanto sentenziare riferendosi ai principii generali del diritto. Codesta è la regola generale a riguardo di ogni controversia, la quale non potesse essere decisa con una determinata disposizione di legge. Il giudice potrà quindi riferirsi in tal caso alla legge del suo proprio paese, che regoli i casi e le materie simili, cercando in essa i principii generali idonei a regolare la controversia.

273. Per quanto concerne finalmente l'indebita applicazione della legge straniera, non si può ammettere in massima, che nei paesi, nei quali l'applicare la legge estera, alla quale è soggetto il rapporto giuridico controverso, non è reso obbligatorio in virtù di una disposizione della legge interna (come accade in Italia), si possa dar luogo al ricorso in Cassazione per indebita applicazione della legge straniera. Nel sistema del Codice civile italiano questo deve ammettersi, perchè l'indebita applicazione del diritto straniero fatta in merito, dalla Corte implicherebbe la violazione del diritto nostro, che impone formalmente ad essa d'applicare il diritto straniero. Negli altri paesi invece non si può sostenere la stessa massima, perlochè non può essere il caso della Cassazione se non quando il tribunale abbia indebitamente applicata la legge vigente nello Stato.

La Corte di cassazione francese nella sua sentenza del 15 aprile 1861 disse: « La Cour de cassation instituée pour maintenir l'unité de la loi française pour l'uniformité de la jurisprudence, n'ayant pas la mission de redresser la fausse application des lois étrangères à

moins qu'elle ne devienne la source d'une contravention aux lois françaises » (Dalloz, 1861, 1, 420).

La stessa massima era stata affermata dalla Cassazione belga nella sua sentenza dell'11 maggio 1855: « Attendu que les lois citées à l'appui du pouvoir sont des lois étrangères, et que la Cour ne peut casser des décisions judiciaires pour violation des lois étrangères, à moins que l'erreur sur le sens d'une loi étrangère ne fût la source et le principe d'une violation de la loi belge ».

Reputiamo per altro opportuno notare, che, anche quando la legge di un paese non avesse un sistema di regole di diritto civile internazionale codificate, come esso si trova nel codice italiano, i Tribunali, che nel risolvere le controversie, che per la loro stessa natura e i principii del diritto internazionale devono essere decise secondo una data legge, avessero applicata una legge diversa, non potrebbero reputarsi al sicuro di sfuggire la censura della suprema Corte, e di vedere le sentenze da essi rese cassate per violazione della legge secondo cui avrebbero a decidere.

Non si può infatti disconoscere, che le regole di diritto elaborate dai giuristi hanno per sè stesse una grande autorità, quando esse esprimono il diritto corrispondente ai rapporti attuali, e che tanta maggiore autorità esse acquistano, quanta è più concorde l'opinione dei più reputati giuristi nel sostenerle. I magistrati non possono quindi, senza violare i principii del diritto e della giustizia, astenersi dal tener conto del diritto scientifico; allorchè manchi il diritto positivo; e conseguentemente, quando essi decidono in contradizione di esso, e la violazione sia evidente, la suprema Corte può trovar modo e deve trovarlo, per cassare la sentenza.

La Cassazione francese si è pure appigliata qualche volta a codesto partito, siccome fu osservato da Demangeat (1). Nella sua sentenza del 23 febbraio 1864 infatti essa cassò una sentenza del Tribunale di Marsiglia, confermata dalla Corte di Aix, con la quale era stato deciso, che una convenzione fatta in paese straniero doveva

(1) Vedi *Introduction au Journal de droit international privé*, An. I, 1874.

essere governata dalla legge francese. Il ricorrente fondò il suo ricorso sul motivo, che cioè, secondo i principii costantemente e universalmente ammessi, i contratti fatti all'estero tra cittadini di Stati diversi, devono essere sommessi, e quanto alla forma e quanto alla sostanza delle obbligazioni assunte dalle parti, alla legge vigente del luogo, ove essi conclusero il contratto, e che perciò dovea ritenersi violata la legge del contratto applicando la legge francese ad un contratto concluso nei possedimenti inglesi. La Cassazione trovò ben fondato il ricorso e cassò la sentenza adducendo però, che era stata violata la legge francese, la quale nell'art. 1134 dispone, che le convenzioni legalmente fatte tengono luogo di legge per le parti, che le abbiano concluse, e che per decidere poi se una convenzione potesse reputarsi legalmente conclusa, e determinare quindi la legge mediante essa dalle parti stabilito, bisognava riferirsi alla legge del luogo ove la convenzione era stata fatta. La Cassazione quindi, ritenendo violato l'art. 1134 del Codice civile francese cassò la sentenza. In sostanza lo scopo fu raggiunto, ma la Cassazione volle giustificare la sua decisione trovando la violazione di una legge interna.

Seguendo questa via si può arrivare a trovare facilmente la violazione della legge internazionale. Quando infatti manchi nella legge scritta la norma positiva per decidere una controversia di diritto internazionale, dovendo i giudici decidere riferendosi ai generali principii del diritto, riesce chiaro, che sarebbe sempre violata tale disposizione generale, se i giudici dovendo decidere una controversia di diritto civile internazionale, e non trovando nella legge del loro paese la norma per deciderla, non avessero bene applicati i principii del diritto internazionale privato, i quali, nel caso in parola, rappresentano i principii generali del diritto.

A fine di eliminare ogni equivoco giova sperare che gli Stati civili si mettano d'accordo rispetto alle regole che concernono l'applicazione delle leggi straniere, e quando ciò sarà fatto, l'indebita applicazione delle leggi estere, che saranno designate a regolare i rapporti giuridici, darà senza dubbio luogo al ricorso in Cassazione.

PARTE SPECIALE

274. Oggetto della trattazione.

274. Nella Parte Generale abbiamo cercato di esporre i principii secondo i quali, a nostro modo di vedere, si dovrebbe determinare il limite dell'autorità di ciascuna legge. Avendo finora posta (1) e discussa la questione sotto un punto di vista generale, è naturale che le conclusioni alle quali siamo arrivati non possano valere che a risolvere il problema in modo astratto; noi infatti ci siamo limitati a ricercare quale sia la legge alla quale devono essere sommessi gl'istituti giuridici, quella cioè che a preferenza di qualunque altra deve regolare lo stato e la capacità giuridica delle persone, i rapporti di famiglia, le cose, la successione, le obbligazioni legali e quelle convenzionali.

Il problema che noi ci siamo proposti di risolvere consiste invece nell'investigare e nello stabilire quale sia la legge alla quale dev'essere soggetto ciascun rapporto giuridico, e tale problema non si può considerare al certo risoluto con ciò che fu da noi esposto nella Parte Generale, imperocchè, ritenendo pure come stabilito che una data legge debba regolare un istituto giuridico, non si può ritenere parimente eliminata ogni controversia ed ogni dubbio a riguardo della norma giuridica a cui i singoli diritti privati e civili devono essere soggetti. L'acquisto e l'esercizio dei singoli diritti appartenenti a ciascuna persona, ed i mezzi idonei per conservarli e per farli valere, possono porre la persona in relazione con diverse leggi, e siccome le stesse regole generali da noi date innanzi, a fine di determinare l'autorità di ciascheduna legge, sono soggette a varie eccezioni, così riesce

(1) Vedi innanzi pag. 69.

indispensabile d'esaminare in particolare come l'acquisto, l'esercizio e la conservazione dei singoli diritti spettanti alle persone debbano essere regolati da ciascuna legge, onde eliminare i conflitti nel caso di leggi concorrenti diverse o contrarie.

Questo sarà l'oggetto delle nostre ricerche in questa Parte della presente opera. Noi ci proponiamo, tenendo conto dei principii già esposti nella Parte Generale, di ricercare quale sia la legge alla quale ciascun singolo rapporto giuridico dev'essere sommesso, vale a dire di determinare l'autorità territoriale o estraterritoriale di ciascuna legge nel regolare l'acquisto, l'esercizio, la conservazione di ogni singolo diritto appartenente alla persona.

Noi procederemo collo stesso ordine già stabilito nella Parte Generale, perchè ci sembra il più adatto allo sviluppo sistematico di tutta la materia (1). Così divideremo codesta 2ª Parte in cinque Libri.

LIBRO I. — *Delle persone e dei diritti di condizione civile.*
LIBRO II. — *Dei diritti che derivano dai rapporti di famiglia.*
LIBRO III. — *Dei diritti che hanno per oggetto le cose.*
LIBRO IV. — *Dei diritti che derivano da un'obbligazione.*
LIBRO V. — *Dei diritti di successione.*

---

(1) I diritti privati o civili, considerati come facoltà appartenenti alla persona e protetti dalla legge giuridica, possono pure essere distinti, a riguardo dell'oggetto a cui si riferiscono, in *diritti personali* ed in *diritti patrimoniali*. Sotto la categoria di diritti personali si possono comprendere tutti i diritti di condizione civile, quelli cioè che derivano dalla personalità giuridica o civile dell'uomo, e i diritti di famiglia che hanno pure per oggetto la relazione personale. Sotto la categoria di diritti patrimoniali si possono comprendere i diritti su tutto quello che può far parte del patrimonio della persona, vale a dire i diritti patrimoniali reali e quelli emergenti da un rapporto obbligatorio, non esclusa la successione, la quale, considerata come un tutto, è pure un diritto patrimoniale. Noi, tenendo conto di tale partizione, avevamo divisa tutta la trattazione in due Libri nella edizione a questa precedente, ma ci siamo convinti, che volendo discorrere dei rapporti giuridici come essi esistono nella vita reale, non può riuscire utile di sconvolgere le partizioni tradizionali e sostituirvi nuove partizioni, tuttochè possa parere che queste meglio rispondano agli ideali scientifici.

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE E DEI DIRITTI DI CONDIZIONE CIVILE

275. Oggetto del presente Libro. — 276. Ordine della trattazione.

275. I diritti privati o civili, dei quali ci proponiamo di ricercare la legge, a cui devono essere soggetti, sono in generale le facoltà di avere, di fare, e di esigere quello che è conforme alle leggi, che regolano i rapporti che derivano dalla coesistenza.

Ogni diritto presuppone:

a) *Una legge*, vale a dire una regola civilmente e giuridicamente obbligatoria sanzionata e promulgata dalla pubblica autorità.

b) *Un subbietto*, cui esso appartiene, vale a dire una persona sia naturale, sia di creazione giuridica.

c) *Un obbietto*, sottoposto al potere dell'essere a cui il diritto è attribuito.

d) *Un fatto*, il quale risulta dalle circostanze da cui dipende l'acquisto del diritto.

e) *Un mezzo* idoneo a rendere il diritto giuridicamente efficace, ossia un'azione mediante la quale esso si può far valere in giudizio.

Il risultato definitivo del nostro studio dev'essere di determinare la legge, ossia la regola civilmente e giuridicamente obbligatoria di ogni singolo diritto. Tutto il problema consiste infatti nello stabilire quale sia, nel caso di concorso di leggi sanzionate da sovranità diverse, quella che si deve considerare come regola del rapporto giuridico. Siccome però il diritto appartiene alla persona, e la condizione civile della medesima è una delle circostanze importanti, della quale bisogna

tenere principalissimo conto, onde determinare il rapporto fra il diritto alla persona spettante, e la legge a cui esso dev'essere soggetto, così riesce indispensabile di studiare innanzi tutto la persona in sè medesima, e la sua condizione civile, onde determinare poi i diritti personali e i diritti di condizione civile, avuto riguardo alla legge, dalla quale essi devono dipendere.

Si denota generalmente col nome di *persona* ogni ente capace di essere subbietto di diritti e di obbligazioni. Abbiamo detto ogni *ente*, perchè non solo è persona l'uomo, ma sono pure tali tutti quegli enti che per legge hanno l'attitudine a divenire subbietto di diritti e di obbligazioni. La legge qualifica infatti persona lo Stato, il Municipio, le Opere pie, le Società commerciali, ed altri enti simili che chiamansi *persone giuridiche*, o *morali*, onde distinguerle dalla persona naturale, ma che sono nondimeno persone, perchè hanno per virtù di legge la capacità giuridica, che costituisce il carattere essenziale e distintivo della persona.

276. Noi dobbiamo occuparci delle persone e dei diritti personali sotto il punto di vista solamente che si riferisce a quanto forma oggetto delle nostre ricerche. A noi quindi non può interessare altro che di stabilire lo stato delle persone per quello che concerne la determinazione della legge, alla quale esse si devono reputar soggette, e i diritti di condizione civile delle medesime per quello che può riguardare la legge dalla quale essi devono essere regolati. Tutto il resto non entra nella cerchia del nostro studio, essendochè formi oggetto del diritto civile.

Lo stato civile della persona esercita un'influenza decisiva a riguardo della legge a cui essa deve rimanere soggetta e dei diritti di condizione civile che le appartengano, a seconda che essa è straniera o cittadina. Noi ci occuperemo in due distinti capitoli della condizione civile delle persone naturali e di quella delle persone giuridiche o morali, secondo che esse siano straniere o cittadine. Esamineremo poscia le conseguenze giuridiche che derivano dalla cittadinanza, e dall'acquisto o dalla perdita della medesima, e dalla naturalizzazione.

Passeremo poi ad esaminare i diritti personali, i quali subiscono una modificazione per ragioni fondate sul diritto sociale, come sareb-

bero le modificazioni che derivano dal domicilio, dall'assenza, dalla condanna penale, ed altre per ragioni fondate sullo stesso diritto naturale, quali sono quelle che derivano dall'età, che è cagione della mancanza del sufficiente sviluppo della capacità naturale, o dalla malattia, che può essere cagione di un difetto permanente, o di un'alterazione delle facoltà naturali, che o sia tale da togliere del tutto la capacità all'esercizio dei diritti, o da rendere la persona inabile ad attendere ai proprii affari, così come vi può attendere un uomo del tutto sano.

Noi esamineremo ciascuno di tali speciali argomenti in separati capitoli, e da ultimo, considerando che lo stato civile di ciascuna persona si deve stabilire mediante gli atti di stato civile, tratteremo di questi.

CAPITOLO I.

Dello straniero e della sua condizione civile.

277. L'uomo è naturalmente soggetto ai diritti. — 278. L'azione della legge è diversa a riguardo del cittadino e dello straniero. — 279. Come ai tempi moderni si è cercato di equiparare la condizione dello straniero a quella del cittadino. — 280. Osservazioni critiche sull'espressione adoperata dal legislatore italiano. — 281. Non si accetta la teoria del Bianchi circa il *godimento* dei diritti civili. — 282. Osservazioni sulla formula proposta dall'Istituto di diritto internazionale. — 283. In che deve consistere l'eguaglianza di condizione giuridica fra lo straniero e il cittadino. — 284. Il giusto concetto della personalità giuridica. — 285. Lo straniero dev'essere equiparato al cittadino quanto all'acquisto dei diritti. — 286. Esso dev'essere parimente equiparato quanto all'esercizio dei suoi diritti. — 287. Così pure per quello che concerne la conservazione e l'assicurazione. — 288. Non è nel potere discrezionale del sovrano territoriale concedere o negare allo straniero il godimento dei diritti privati, e neanche subordinarlo alla reciprocità. — 289. Di quali diritti può essere negato o limitato il godimento agli stranieri. — 290. Regole generali circa la condizione giuridica dello straniero. — 291. Liberale disposizione contenuta nella legislazione italiana. — 292. Come nelle altre leggi sia prevalso l'erroneo concetto della reciprocità. — 293. Distinzione che è stata fatta tra diritti civili e diritti delle genti, e come essa non abbia un saldo fondamento giuridico. — 294. Si chiarisce il concetto dei diritti civili dell'uomo. — 295. La condizione dello straniero secondo le leggi positive. — 296. Legge inglese e quelle degli altri paesi. — 297. Condizione giuridica dello straniero a norma della legge italiana. — 298. Acquisto dei diritti e garanzie legali dei medesimi. — 299. Diritti di condizione civile. — 300. Diritto di adire i tribunali. — 301. Diritto di promuovere le misure conservative

277. Ogni uomo ha in generale una capacità naturale ai diritti, ed è per questo che esso è il soggetto del diritto di per sè, la persona naturale. La personalità giuridica però deriva sotto un certo rispetto dalla legge, imperocchè è la legge, che avendo il potere di comandare, di proibire, di permettere, determina e protegge ogni facoltà spettante all'uomo (che di essa è soggetto all'autorità), di avere, di fare, di esigere. Conseguentemente la *capacità naturale* dell'uomo ai diritti si trasforma in *capacità giuridica*, quando l'uomo si considera in rap-

porto con la legge civile o positiva, che riconoscendo e sanzionando le facoltà ad esso spettanti, riconosce così e sanziona i diritti privati e civili del medesimo. Questi, presi nel loro insieme, compongono la sua personalità giuridica.

278. La personalità giuridica di ciascun uomo, considerata di fronte ad una data legge, deve subire necessariameute certe modificazioni derivanti dalla circostanza dell'essere esso cittadino o straniero. Questo deriva da che ciascuna legge giuridica, in quello che riconosce o sanziona le facoltà, le quali prese nel loro insieme compongono la personalità giuridica, e in quello che determina così i diritti privati e civili dell'uomo, esercita e deve esercitare un'autorità diversa a seconda che il soggetto del diritto è cittadino o straniero. Bisogna infatti tener presente che ogni uomo, considerato in rapporto col potere sovrano, da cui la legge emana, si trova in una posizione diversa secondo che esso fa parte dello Stato (vale a dire è cittadino) ovvero non ne fa parte (vale a dire è straniero).

L'autorità assoluta e permanente che spetta a ciascun sovrano a riguardo dei cittadini fu considerata fondata sull'*allegiance*, o sudditanza che valse a significare l'obbligazione di fedeltà e l'obbedienza, che una persona deve allo Stato, del quale è cittadino, e al sovrano di lui.

Secondo il concetto moderno lo Stato è un organismo giuridico creato dal volere degli uomini congregati e col sommo potere di esercitare un complesso di funzioni volte a regolare, determinare e proteggere i diritti privati e civili dei congregati, mediante la legge giuridica. Lo Stato rispetto ai congregati rappresenta quindi l'autorità del diritto, e il diritto è superiorità, e importa la sommessione, la quale non è più la sudditanza, ma bensì la conseguenza della stessa volontaria aggregazione degli individui, che creano e riconoscono un sommo potere, che rappresenta rispetto ad essi l'autorità del diritto.

Dalle quali cose ne discende, che anche nel concetto moderno dello Stato si trova, che il rapporto fra la legge positiva e i diritti privati e civili dell'uomo dev'essere diverso a seconda che questi abbia la condizione giuridica di cittadino o di straniero. Rispetto al cittadino l'autorità della legge giuridica è permanente e non vien meno quando

esso si rechi all'estero, rispetto allo straniero è temporanea e contingente, imperocchè essa si eserciti quando il medesimo volontariamente si sia posto sotto l'impero di essa, o entrando nel territorio sul quale essa imperi, o ponendo un fatto giuridico che per la sua natura sia soggetto all'autorità di codesta legge. Però nell'un caso e nell'altro, siccome ciascheduno è dovunque soggetto alle leggi della sua patria (essendochè alla sovranità spetti il diritto di regolare e d'obbligare i proprii cittadini colle sue leggi anche quando essi si rechino all'estero, e fino a tanto che essi conservino la cittadinanza originaria), così ne consegue, che la condizione giuridica di colui che è cittadino e quella di colui che soggiorni nel territorio, o che volontariamente ponga un fatto giuridico in virtù del quale sia soggetto alla legge, considerati l'uno e l'altro di fronte alla legge territoriale, siano e debbano essere diverse, e che non possano essere mai assolutamente parificate.

279. Sembrerà a primo aspetto che questa nostra conclusione sia in opposizione colla tendenza liberale della dottrina degli scrittori moderni, i quali sostengono doversi considerare come regola di diritto internazionale privato, che lo straniero debba avere i medesimi diritti civili che hanno i cittadini, salvo solo il caso di un'eccezione formale stabilita dalla legge (1). Codesta teoria ha poi trovato un autorevole appoggio nell'Istituto di Diritto internazionale, il quale nella sua Sessione di Oxford, fondandosi sempre sul principio della perfetta eguaglianza del cittadino e dello straniero nel godimento dei diritti civili, formulò nel seguente modo la regola che esso disse avrebbe dovuto essere introdotta nei codici civili, di tutti i paesi: « L'étranger, quelle que soit sa nationalité, ou sa religion, jouit des droits civils, comme le régnicole, sauf les exceptions formellement établies par la législation actuelle ».

Si pensò di avere in tal guisa trovata una formula più corretta e più esatta di quella adoperata dal legislatore italiano, il quale nell'art. 3° del Codice civile sanzionò il primo la teoria della perfetta eguaglianza giuridica tra il cittadino e lo straniero e dispose « lo stra-

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 27.

niero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini ». La quale disposizione, intesa non tanto letteralmente, quanto a seconda dello spirito e dell'intenzione del legislatore, è la più solenne prova che i progressi del diritto preparati lentamente dalla scienza, diventano prima o poi convinzione giuridica dei popoli civili, per essere in seguito elevati all'altezza di massima legislativa ed iscritti nei codici. La massima sancita dal Codice civile italiano stabilisce infatti l'eguaglianza giuridica tra il cittadino e lo straniero; essa è nel campo del diritto civile l'espressione della fraternità degli uomini, la quale era stata proclamata dalla filosofia e dalla rivoluzione di fronte al diritto sociale. Quella massima è il risultato del lavorio lento e difficile di XIX secoli, che ha operato la grande trasformazione, la quale è consistito in questo, che cioè dal negare allo straniero la personalità giuridica, e dall'ammetterla poi sotto certe condizioni restrittive, si è arrivati a riconoscerla al pari di quella attribuita ai cittadini.

280. Dobbiamo però osservare che le massime di diritto elevate a canoni legislativi devono essere l'espressione esatta, determinata e precisa della *mens legislatoris*, senza di che riesce impossibile d'evitare le dubbiezze che sono la conseguenza dell'espressione impropria e indeterminata. Ora ci sembra, che nè l'espressione del concetto giuridico adottata dal legislatore italiano nell'art. 3° del Codice civile, nè quella proposta dall'Istituto di Diritto internazionale e testè mentovata, rendano esattamente il concetto che si ebbe in mente di esprimere, anzi dobbiamo soggiungere che, se uno volesse attenersi a quello che è espresso colla disposizione legislativa, dovrebbe riconoscere, che la legge, così come è formulata, esprime un concetto inesatto, e che noi riteniamo veramente non sostenibile come massima.

Che cosa significa infatti quello che dice il legislatore italiano: « lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini? »

I diritti civili o diritti privati dei cittadini sono il complesso di quelle facoltà spettanti all'uomo, ma che sono riconosciute, dichiarate, e protette dalla legge positiva emanata dalla pubblica autorità, e a cui dev'essere attribuita la virtù e la forza del precetto imperativo. Il potere sociale non crea i diritti, perchè essi trovano la loro base

sulla personalità umana, e come tali sono insiti nella natura dell'uomo, e perciò si chiamano *naturali*. Però i diritti naturali divengono diritti civili o positivi per virtù della legge positiva e civile, conciosiachè è codesta che, riconoscendoli, dichiarandoli, tutelandoli, trasforma i diritti naturali in *diritti civili* e positivi.

E qui giova considerare che siccome il diritto civile di ciascun popolo è, secondo dissero i giureconsulti romani, quello *quod quisque populus sibi constituit*, e noidi mostrammo già che le leggi positive devono essere diverse nei diversi paesi, così ne consegue, che i diritti civili o privati delle persone che appartengono a Stati diversi, devono essere necessariamente diversi.

Ora avendo il legislatore italiano disposto che lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini, ha voluto forse concedere ad esso di potere essere considerato nella medesima condizione giuridica degli Italiani pel godimento di tutti i diritti che sono a questi attribuiti dalla legge civile italiana? Ma se così fosse, essendo l'usufrutto legale attribuito al padre, un diritto civile di cui gode il padre italiano durante la patria potestà, lo straniero dovrebbe avere parimente diritto di goderlo in Italia, tuttochè tale facoltà non fosse ad esso concessa dalla legge dello Stato, di cui fosse cittadino, e così pure la donna maritata straniera avrebbe il diritto di far dichiarare invalida l'obbligazione da essa contratta in Italia senza essere autorizzata dal marito, e il figlio naturale dello straniero avrebbe il diritto di essere reputato legittimo in conseguenza del matrimonio celebrato fra i suoi genitori, e il padre straniero potrebbe fare opposizione al matrimonio che il figlio fosse per celebrare in Italia sensa il suo consenso, quantunque il figlio maggiore straniero potesse, secondo la sua legge, validamente contrarre matrimonio senza il consenso del padre, e via dicendo.

Neanche si potrebbe considerare esatta e precisa l'espressione, se il godimento dei diritti attribuiti ai cittadini si volesse prendere come misura dei diritti attribuiti dalla legge nazionale degli stranieri, di cui essi possono godere in Italia, conciossiachè, intendendo intale maniera la disposizione, si verrebbe ad ammettere che la personalità giuridica dello straniero dovesse essere riconosciuta in Italia solo nel

caso che i diritti ad esso spettanti secondo la legge nazionale di lui, e dei quali domandasse il godimento in Italia, fossero conformi a quelli che sono attribuiti ai cittadini italiani. Lo che non ci sembra sostenibile.

Ammettendo questo concetto, ne conseguirebbe infatti, che la donna straniera idonea e capace di unirsi in matrimonio a 14 anni secondo la legge del paese di lei non potrebbe a tale età celebrare il matrimonio in Italia, perchè il diritto di contrarre matrimonio a 14 anni non è attribuito dalla legge civile italiana alla donna cittadina. Così si dovrebbe pure dire che la donna maritata straniera, la quale secondo la legge della famiglia potrebbe validamente donare le cose mobili senza bisogno di essere autorizzata dal marito, non potrebbe godere in Italia di tale suo diritto civile, perchè il godimento di codesto diritto non è attribuito dalla legge italiana alla cittadina. E tacciamo di altri esempi non pochi.

281. I giuristi italiani, che hanno fatto il commento dell'art. 3º del Codice civile hanno stimato di fermarsi all'espressione adoperata dal nostro legislatore, che dice lo straniero è ammesso *a godere* dei diritti civili attribuiti ai cittadini, e hanno pensato che il legislatore concedendo allo straniero il *godimento* dei diritti civili attribuiti ai cittadini, gli abbia concesso come dice Bianchi, la potenzialità astratta di godere dei diritti, salvo poi per quello che concerne il loro esercizio quanto dispone la legge nazionale alla quale essi sono soggetti.

Dobbiamo osservare che la distinzione che è stata fatta da alcuni giuristi, (tra i quali, oltre il Bianchi (1), troviamo Gianzana (2), volendo tacere d'altri), fra godimento ed esercizio dei diritti civili non si può ritenere ben fondata in diritto così come essi l'intendono. Il Bianchi dice che si gode d'un diritto per ciò solo che esso è in potenza presso la persona, e si esercita quando si attua praticamente coll'applicazione a ciò che ne forma oggetto; ma ci pare che questo equivalga a sconvolgere il significato naturale e il significato giuridico delle parole. Il godimento di un diritto non consiste e non può con-

(1) *Corso di diritto civile italiano* (2ª edizione); *Delle persone*, § 31.
(2) *Lo straniero nel diritto civile italiano*, vol. I.

sistere in altro che nel suo esercizio attuale. Si può avere acquistato un diritto e non averlo perduto senza che però se ne abbia il godimento, ossia l'esercizio attuale. Si può avere un diritto e non poterlo godere se non esercitandolo mediante un'altra persona, che secondo la legge rappresenta o integra la persona stessa a cui il diritto appartiene, ma veramente il godimento di un diritto civile indipendentemente dall'esercizio non sappiamo comprenderlo. Ci sembra quindi che la distinzione tra godimento ed esercizio non valga a determinare e a rendere precisa la espressione della legge italiana, e che bisogni volgere la mente piuttosto al contenuto di essa e alla *mens legislatoris*, che all'espressione letterale, la quale non rende, a nostro modo di vedere, un concetto esatto e ben determinato.

282. Le stesse critiche si possono fare alla regola di diritto proposta dall'Istituto di Diritto internazionale. Essa dice: « l'étranger, quelle que soit sa nationalité ou sa religion, jouit des droits civils, comme le régnicole, sauf les exceptions formellement établies par la législation actuelle ».

Non si può dire a rigore che secondo i principii lo straniero possa essere ammesso a godere dei diritti civili così come ne può godere il cittadino, ogni qual volta che non vi sia rispetto ad esso straniero un'eccezione formale stabilita dalla legge, imperocchè vi sono alcuni diritti civili che sono la conseguenza dei diritti derivanti dalla condizione civile e dai rapporti di famiglia, pel godimento dei quali lo straniero non può essere equiparato al cittadino.

Si potrebbe però soggiungere, che siccome il cittadino deve godere di codesti diritti in conformità della sua legge nazionale, così lo straniero dovrebbe goderne a seconda della sua propria legge, e conseguentemente esso ne verrebbe a godere al pari del cittadino. Dobbiamo però osservare, che questo sarebbe decisivo per le questioni di stato personale e di rapporti di famiglia, se tutte le leggi ammettessero le stesse regole, ma siccome può invece accadere, come in effetto accade, che una legge voglia per certi rapporti preferita la legge nazionale, un'altra quella del domicilio delle persone, così le persone soggette all'una e all'altra legge, anche per le questioni di stato personale si possono trovare in condizione giuridica diversa.

Dobbiamo inoltre notare che la eguaglianza di condizione giuridica fra il cittadino e lo straniero non si deve ammettere soltanto per quello che concerne il godimento dei diritti, ma per quello altresì che concerne l'acquisto, la conservazione, e i mezzi onde farli valere in giudizio.

283. Ma in che può consistere l'eguaglianza di condizione giuridica tra lo straniero e il cittadino? Essa si riassume in questo, nel riconoscere la personalità giuridica dell'uno così come si riconosce la personalità giuridica dell'altro, nell'ammettere che esso non solo possa esercitare tutti i diritti legittimamente acquistati (salvo il caso dell'eccezione fondata sul diritto pubblico territoriale o sull'ordine pubblico), ma che possa eziandio acquistare ed esercitare (quando ne abbia la capacità giuridica secondo la sua legge personale) tutti i diritti pei quali la qualità di cittadino non è espressamente richiesta dalla legge come una delle condizioni legali per l'acquisto; che possa inoltre esercitare e godere di codesti diritti così come li esercita e li gode il cittadino: essa consiste nell'ammettere che l'esercizio dei diritti privati a ciascuna persona appartenenti dev'essere indipendente dalla sua qualità di cittadino.

Intesa in questa maniera l'eguaglianza di condizione giuridica fra lo straniero e il cittadino, ne deriva, che lo straniero non possa pretendere di godere degli stessi diritti civili, che secondo la legge territoriale sono attribuiti ai cittadini, perchè siccome i diritti civili appartenenti a ciascuna persona sono l'insieme delle facoltà riconosciute, dichiarate e protette dalla legge a cui per sè stesso è sommesso il rapporto o il fatto giuridico da cui il diritto deriva, così l'eguaglianza di condizione giuridica fra lo straniero e il cittadino non può attuarsi, sotto questo rispetto, mentre essi per ragione della persona sono soggetti a diverse leggi, e, a cagione dell'avere usato diversamente della propria libertà civile, ponendo volontariamente fatti, in virtù dei quali si sono volontariamente assoggettati a diverse leggi giuridiche, hanno potuto così acquistare diritti diversi.

Non si può neanche sostenere in principio, che codesta eguaglianza di condizione giuridica dovesse essere attuata nel senso, che il complesso dei diritti civili, dei quali godono i cittadini dovesse essere

la misura di quelli dei quali dovrebbero godere gli stranieri: perchè questo equivarrebbe a far subire allo straniero, che entrasse in un paese, una tal quale *capitis diminutio*, riducendo i diritti civili, che ad esso appartenessero, alla medesima stregua e al medesimo ragguaglio di quelli appartenenti ai cittadini. Questo può in certi casi avvenire, e si deve necessariamente ammettere ogni qual volta il godimento dei diritti spettanti allo straniero, e non attribuiti dalla legge territoriale ai cittadini, non potesse verificarsi, senza che ne restasse offeso il diritto pubblico territoriale o l'ordine pubblico. Questo però costituisce l'eccezione, anzi si deve considerare come l'applicazione della regola generale, che il diritto pubblico è territoriale, e che hanno autorità assoluta nel territorio di ciascun Stato le leggi, che mirano alla tutela dell'ordine pubblico, così come l'hanno parimente le leggi di polizia. Salvo quindi il caso, che il godimento di un diritto appartenente ad uno straniero incontri l'ostacolo della legge territoriale, che non riconosca quel dato rapporto giuridico per ragioni fondate sul diritto politico, o sul diritto sociale, non può interessare alla sovranità territoriale di ridurre il godimento dei diritti civili degli stranieri alla medesima stregua e al medesimo ragguaglio di quelli da essa attribuiti ai cittadini.

L'eguaglianza di condizione giuridica fra lo straniero e il cittadino non può quindi consistere in altro che in questo: che cioè, dentro la cerchia del diritto privato la personalità giuridica dell'uno dev'essere tutelata dalla legge, così come lo è la personalità giuridica dell'altro. Abbiamo detto *dentro la cerchia del diritto privato*, perchè le facoltà che derivano dallo stato pubblico, il quale si stabilisce mediante la cittadinanza, appartengono esclusivamente ai cittadini dello Stato, e non possono essere attribuite allo straniero, che nel solo caso che esso abbia acquistato la cittadinanza a norma della legge dello Stato; intorno al che, essendo pacifica la dottrina, non occorre dire altro. Abbiamo poi adoperata la parola *diritto privato*, perchè esso denota il complesso di tutti i diritti, che risultano dalle relazioni dell'uomo con l'uomo, e che può essere pure denominato *diritto civile*, purchè però con codesta denominazione s'intenda di denotare tutto il diritto privato, e quindi anche quella parte di esso che, riguardando

certe speciali relazioni private, quali sono ad es. quelle che derivano dal commercio, è stata poi denominata diritto commerciale, e separata dal diritto civile. Noi adopreremo promiscuamente la denominazione diritto privato o diritto civile, intendendo però esprimere il medesimo concetto.

284. La personalità giuridica di ciascuno nella cerchia del diritto privato è composta dall'insieme di quelle facoltà, che sono riconosciute e tutelate dalla legge positiva, e che costituiscono i diritti privati o civili dell'uomo. Questi non si possono al certo considerare come una creazione della legge. Il potere sociale trova l'uomo colle sue facoltà naturali, e quindi colla sua personalità naturale, però è esso che riconoscendo, dichiarando, sanzionando tali diritti e regolandone l'esercizio, dà loro efficacia, e ne procura il rispetto. Si ha ragione quindi di dire, che le leggi civili trasformano la capacità naturale dell'uomo ai diritti, in capacità giuridica; la personalità naturale di esso in personalità giuridica, ma sarebbe un manifesto errore il pensare, che i diritti dell'uomo, in quello che diventano diritti civili, perdano il loro carattere originario e primitivo, e che solo perchè riconosciuti e garantiti dalla legge positiva, possano essere considerati come se fossero una concessione del legislatore.

285. Ora è necessario di considerare, che l'acquisto dei diritti (siano essi personali che patrimoniali), oltre il presupporre un soggetto che abbia la capacità giuridica di acquistare un dato diritto, ed un oggetto idoneo ad essere giuridicamente l'obbietto del diritto, presuppone un modo legittimo di acquisto, vale a dire un fatto giuridico, di cui secondo la legge è conseguenza l'acquisto del diritto.

Ogni legge determina i modi di acquistare i diritti, e quando per ragioni speciali d'interesse pubblico o d'interesse sociale non si possa giustificare la riserva fatta quanto all'acquisto di un dato diritto ai cittadini esclusivamente, bisogna ammettere che in principio nessuna differenza dovrebbe essere fatta a tale riguardo tra lo straniero e il cittadino. Chiunque (sia esso cittadino o straniero) capace di acquistare un dato diritto, ponga il fatto, del quale la legge riconosca come conseguenza l'acquisto del diritto, deve essere ritenuto di averlo giuridicamente acquistato.

Anche sotto questo rispetto si deve quindi ammettere l'egua glianza di condizione giuridica tra lo straniero e il cittadino. Ogni legge, che determini il fatto idoneo al legittimo acquisto di un diritto, e che non dichiari espressamente che il solo cittadino può essere abile ad acquistarlo, si deve presumere applicabile senza che possa essere fatta distinzione secondo che la persona capace di acquistare codesto diritto sia cittadino o straniero.

Proponiamo quindi la seguente regola: « tutte le persone capaci di acquistare un diritto civile, siano esse cittadini o stranieri, possono acquistarlo nel modo legittimo di acquisto stabilito dalla legge, salvo che il legislatore abbia formalmente disposto diversamente ».

Codesta regola riposa sul concetto già esposto, che cioè la legge civile, in quello che riconosce, regola e tutela la libertà civile dell'uomo, quanto all'acquisto dei diritti privati, non fa altro che riconoscere e regolare lo sviluppo delle sue facoltà naturali, e siccome queste appartengono all'uomo come tale, così non si può presumere, in principio, che debba essere fatta alcuna differenza fra cittadino e straniero. L'autorità esclusiva della legge di ciascun paese a riguardo dei propri cittadini, si deve ammettere, ma essa consiste principalmente nello stabilire il loro stato civile ed i loro diritti personali o diritti di condizione civile; in quanto poi al resto, il precetto della legge deve prescindere dalla considerazione, che colui che voglia porre il fatto idoneo all'acquisto di un diritto, sia cittadino o straniero.

Dalle quali cose ne consegue, che tanto rispetto ai modi originari di acquistare i diritti, quanto rispetto ai modi derivativi, lo straniero dev'essere reputato in principio nella medesima condizione giuridica del cittadino. Esso deve quindi, come il cittadino, essere reputato abile ad acquistare i diritti per successione a titolo universale e a titolo particolare, o per atti tra i vivi o a causa di morte, e così pure deve essere ad esso concesso di procurarsi i diritti per sola opera della legge, quando cioè egli si trovi in quelle circostanze, che quando si verifichino, servono, *ope legis*, di per sè stesse all'acquisto di un diritto. Così egli può acquistare i diritti di servitù legale; può giovarsi del possesso per dedurre da esso le conseguenze giuridiche e avvalersi

degl'interdetti possessorii che in virtù della legge ne derivano, e giovarsi della prescrizione acquisitiva e via dicendo.

286. Per quello che concerne l'esercizio dei diritti, si deve ammettere in massima, che siccome la persona a cui il diritto appartiene possiede la facoltà di goderne e di esigerne il rispetto, e considerando poi che il godimento di fatto di un diritto civile consiste nell'esercizio attuale fatto o dalla persona medesima, o mediante la persona chiamata dalla legge a integrare la personalità giuridica dell'incapace, così il rispetto della personalità giuridica dello straniero esige, che di tutti i diritti civili, che ad esso appartengono, gli sia assicurato il godimento, così come è assicurato al cittadino il godimento dei diritti che a lui appartengono. Questo non esclude che la sovranità territoriale possa assoggettare il godimento di fatto e l'esercizio attuale del diritto a certe condizioni, quando la persona che voglia esercitarlo, sia straniero. Tali condizioni possono essere imposte talvolta a fine di regolare giuridicamente l'esercizio del diritto stesso, tal'altra a fine di tutelare l'interesse dei terzi, e tal fiata per solo interesse fiscale. Esse devono però sempre essere subordinate al fine pel quale si possono giustificare, e non essere esagerate oltre i giusti limiti, altrimenti accadrebbe che il legittimo diritto di regolare l'esercizio potrebbe degenerare in arbitrio, ove le condizioni, alle quali l'esercizio stesso fosse subordinato, fossero tanto onerose da rendere effimero, e spesse volte inattuabile il godimento del diritto stesso (1).

287. Per quello che concerne la conservazione e l'assicurazione dei diritti, ci sembra, che quando sia il caso di potersi giovare d'un mezzo

(1) In Francia, ai tempi nei quali il godimento dei diritti civili per parte degli stranieri si considerava come una generosa concessione del legislatore il diritto di celebrare il matrimonio, essendo stato considerato come uno dei diritti naturali dell'uomo, e ammesso quindi che gli stranieri avevano diritto di goderne, salvo la facoltà spettante alla sovranità di regolarne l'esercizio, fu tanto esagerata tale facoltà, che gli stranieri, i quali volevano ivi contrarre matrimonio essendo obbligati a pagare una gravosa tassa che assorbiva in gran parte le sostanze della moglie, non potevano godere del diritto di coniugarsi senza assoggettarsi a sacrificare una considerevole parte del loro patrimonio. Questo equivaleva a rendere nel fatto illusorio lo stesso godimento del diritto.

stabilito dalla legge territoriale a fine di conservare un diritto civile appartenente alla persona, questa, benchè straniero, possa valersi di esso. I mezzi stabiliti dalla legge per la conservazione e per l'assicurazione dei diritti non si possono reputare stabiliti a vantaggio dei cittadini soltanto. Questa regola noi la consideriamo fondata sul concetto che lo Stato è di per sè stesso un organismo giuridico, e che rappresenta l'autorità del diritto; laonde una delle sue più nobili funzioni è la tutela giuridica dei diritti. Ora la tutela giuridica del diritto non si deve considerare un obbietto d'interesse nazionale, essendochè essa sia di per sè stessa d'interesse internazionale. Conseguentemente non si può, senza disconoscere gli alti fini dello Stato, negare allo straniero di profittare di tutti i mezzi consentiti dalle leggi onde assicurare mediante essi un diritto. Così esso può avvalersi del sequestro, del *jus retentionis*, degl'interdetti possessorii e di ogni altro mezzo stabilito dalla legge. Quando poi fosse il caso di ottenere la ricognizione forzata del diritto col mezzo dell'esercizio di un'azione giudiziaria, nessuna differenza dovrebbe essere fatta tra cittadino e straniero, perchè i tribunali sono istituiti per amministrare la giustizia, e la giustizia non è un rapporto giuridico creato dalla legge territoriale e di cui l'esistenza debba ammettersi a riguardo dei cittadini soltanto.

288. Nel nostro ordine d'idee riesce evidente che in nessun caso e sotto verun pretesto la sovranità territoriale potrebbe disconoscere del tutto i diritti civili dello straniero o negargli di essi il godimento. Questo infatti equivarrebbe ad attentare alla personalità giuridica dell'uomo, la quale, come dicemmo, non è altra cosa che la personalità naturale riconosciuta e protetta dalla legge giuridica, a cui l'uomo e per la sua condizione civile e per i suoi fatti civili dev'essere soggetto. Bisogna quindi ritenere come cosa certa, che una legge, la quale negasse del tutto allo straniero il godimento dei suoi diritti privati, sarebbe in opposizione non solo coi principii della scienza moderna, ma con quelli altresì della giustizia naturale e del diritto sociale.

Neanche l'attentato alla personalità umana, che sarebbe la conseguenza del negare del tutto il godimento dei diritti civili agli stranieri, potrebbe essere giustificato a titolo di rappresaglia, negando ad essi il godimento di quei diritti che nel loro paese fosse negato ai

nostri concittadini, imperocchè, siccome non può essere mai lecito di violare i precetti della giustizia assoluta, neanche rispetto a coloro che abusando della libertà li violino a nostro riguardo, così non può mai divenire cosa lecita l'attentato alla personalità giuridica dell'uomo.

L'interesse politico e l'intendimento di proteggere i cittadini hanno fatto prevalere in certi codici il principio contrario, e così nel Codice francese la rappresaglia giuridica si trova elevata a canone legislativo, avendo quel legislatore disposto coll'art. 11: « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils, que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ».

Noteremo pure che non sono mancati scrittori che hanno cercato di giustificare tale sistema. Treilhard, esponendo i motivi di codesta disposizione, disse che subordinare tutto alla reciprocità era il miglior espediente per spingere i Governi stranieri ad accordare il godimento dei diritti civili ai Francesi. Uno scrittore si spinse fino a considerare codesto sistema come un *monument de profonde sagesse* (1), e tra i nostrani il Rocco arrivò fino a sostenere che l'esercizio stesso dei diritti naturali potesse essere negato allo straniero onde proteggere così gli interessi dei cittadini (2).

Tutto questo però non muta la sostanza della cosa, imperocchè la rappresaglia giuridica non può essere giustificata nè per la considerazione che è stata elevata alla dignità di legge, nè perchè è stata difesa da quegli scrittori che hanno riguardato l'interesse come la misura del diritto. Oggi le teorie sono mutate anche intorno a questa parte, e s'incomincia a comprendere che il migliore interesse di un popolo civile sia quello di proclamare il diritto e la giustizia ed assicurarne il rispetto.

(1) SAPEY, *Les étrangers en France*, p. 161.

(2) « Non debbe credersi, egli scrive, che qualora lo Stato cui l'estere genti appartengono, niegasse a noi l'esercizio di alcuna facoltà, che la natura stessa ci concede, non fosse lecito praticare nel Regno la stessa cosa per rappresaglia. Come pensare che si potesse dagli stranieri succedere nel Regno se la stessa facoltà a noi non si concede nel paese loro ». — *Diritto civile internazionale*, Parte 1ª, Cap. VIII.

289. Ciò che si può ragionevolmente ammettere è, che il godimento di certi diritti può essere negato allo straniero, sì quando la base di essi sia lo stato pubblico, sì quando la limitazione sia motivata da un interesse pubblico.

Così deve dirsi del diritto di rimanere nel territorio dello Stato e di non potere esserne espulso per motivi di sicurezza interna, il quale si denomina diritto d'incolato (1). Tale diritto è esclusivo del cittadino, perchè esso deriva veramente dal rapporto pubblico che mediante la cittadinanza viene a stabilirsi tra lui e il Governo, ed è naturale che non possa competere allo straniero. A questi può spettare pure il diritto di rimanere nel territorio dello Stato, ma fino a tanto che non abbia perduta la facoltà di soggiornarvi, che in sostanza è la facoltà naturale che a ciascun uomo appartiene dell'uso innocuo della libertà in tutto il mondo. Siccome poi la legge civile di ciascun paese può regolare l'uso delle facoltà naturali dell'uomo e limitarne l'esercizio per ragioni d'interesse pubblico, così si comprende come la legge positiva possa legittimare in certi casi l'espulsione degli stranieri dal territorio dello Stato.

Alcune leggi attribuiscono all'autorità amministrativa o al potere esecutivo la facoltà di decretare l'espulsione dello straniero, e di fronte ad esse questi non ha alcuna guarentigia, se codesta autorità e codesto potere abusino di tale facoltà, e decretino senza ragionevole motivo l'espulsione. A seconda invece dei principii della giustizia, ammesso che all'uomo spetti il diritto naturale di usare innocuamente della sua libertà civile, ne deriva, che esso possa entrare su di un territorio straniero, soggiornarvi e non esserne espulso che per un plausibile motivo d'interesse pubblico e per una pubblica necessità.

(1) *Incolato* denota più propriamente il rapporto che deriva dallo stabilimento del domicilio. Tale parola è stata però adoperata per denotare il diritto spettante al cittadino di rimanere nel territorio dello Stato, e riesce chiaro che, intesa in tal modo, essa denoti un diritto che non può appartenere allo straniero perchè esso non è al certo un diritto privato. Questo esprime sempre un rapporto tra private persone e non già quello che può intercedere tra la persona e il Governo, il quale per la sua natura dev'essere governato dal diritto pubblico, o dal diritto politico, che non sono al certo applicabili agli stranieri.

Conseguentemente, ad ovviare il pericolo che il potere esecutivo abusi della sua attribuzione, se potesse espellere lo straniero senza rendere nessun conto del suo operato, alcune leggi dispongono, che il decreto debba essere motivato, e che lo straniero possa reclamare al tribunale supremo, e far decidere da questo, sentito il Procuratore generale, se l'espulsione sia conforme alla legge (1).

Le limitazioni poi fondate sull'interesse sociale sono diverse e possono essere ispirate dalla maggiore o minore diffidenza a riguardo degli stranieri. Nel Codice Sardo, ad esempio, una delle limitazioni imposte allo straniero circa il godimento dei suoi diritti sugl'immobili era quella sancita dall'art. 28, che gli inibiva di prendere a pegno ad affitto o a colonia beni stabili situati ad una distanza minore di cinque chilometri dai confini dello Stato. Codesta limitazione non è stata riprodotta nel vigente Codice civile; ne troviamo però una quanto al diritto di proprietà nella disposizione che proibisce allo straniero di divenire proprietario per intero di una nave italiana. Si comprendono per altro facilmente le superiori considerazioni di ordine politico che giustificano tale restrizione all'esercizio del diritto di proprietà.

290. Da tutto quello che siamo andati esponendo e sviluppando fino a questo punto, si può desumere, che secondo i principii generali del diritto bisogna ammettere le seguenti regole:

a) Lo straniero gode dei diritti civili a lui appartenenti, così come il cittadino gode di quelli che ad esso sono attribuiti per legge.

b) Lo straniero deve essere reputato nella medesima condizione del cittadino per quello che concerne i modi legittimi di acquisto, l'esercizio, la conservazione e l'assicurazione dei diritti, salvo solo il caso che la legge abbia formalmente disposto in contrario (2).

---

(1) Vedi la legge olandese sugli stranieri del 13 agosto 1849 e le mie opere: *Diritto pubblico internazionale*, Vol. I, §§ 481, 671, e *Droit pénal international*, Vol. I.

(2) Ben inteso però che si devono considerare conformi ai principii del diritto e della giustizia le limitazioni legali motivate da interesse pubblico o dalla tutela del diritto sociale.

c) Ogni cittadino gode esclusivamente dei diritti politici e di tutti i diritti che sono la conseguenza del suo stato pubblico.

291. Nell'ordine d'idee da noi stabilito è chiaro, che non ci accordiamo con tutti coloro, i quali considerano la disposizione del legislatore italiano come l'ultima e più liberale espressione dei principii liberali, e molto meno poi pensiamo con Gianzana, che l'art. 3° del nostro Codice civile, così come fu redatto, sia « la formola che riassume quanto di più largo e liberale la scienza ha concepito, e si auguri la dottrina » (1). Noi opiniamo invece, che l'ultima parola non sia stata detta ancora, e che la formola con cui fu redatto l'art. 3 non sia delle più felici, che anzi la consideriamo suggerita dall'intendimento di far accettare l'ardita innovazione al diritto preesistente e di menomare le gravi discussioni che dovevano inevitabilmente essere sollevate nel seno della Commissione legislativa, quando si trattò di tradurre in legge il grandioso concetto, che era nella mente del legislatore, quello cioè di riconoscere la personalità giuridica dello straniero nella cerchia del diritto privato e nel proclamare che di fronte a questo la qualità di cittadino o di straniero si doveva considerare indifferente.

Questa era una grande innovazione allo stesso diritto preesistente nelle diverse parti d'Italia oltre che a quello vigente negli altri paesi. Era naturale che il nuovo concetto, non potendo essere accettato senza gravi contrasti, non si sia potuto formularlo esattamente in tutta la sua ampiezza, ma non pertanto se, lasciando da parte la forma della redazione, si volga la mente al concetto, chi oserebbe mettere innanzi l'audace ed inconsulta affermazione che l'art. 3 del Codice civile italiano non sia informato ai principii più largamente liberali? Noi invero, confrontando quello che il legislatore nostro ha proclamato, con quello che le leggi di tutti gli altri paesi sanciscono a riguardo della condizione civile degli stranieri, non possiamo fare a meno di trovare la legislazione nostra più liberale di ogni altra.

292. Nelle altre leggi predomina infatti il concetto, non del certo corretto, che i diritti civili debbano essere considerati come una concessione del legislatore, che essi siano quindi subordinati al beneplacito

(1) Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, vol. I, p. 111.

di lui, e che conseguentemente possano essere negati del tutto agli stranieri, o subordinati a condizioni più o meno restrittive, tra le quali primeggia quella della reciprocità diplomatica o legislativa, e non mancano leggi che subordinano il godimento dei diritti civili alla confessione religiosa del soggetto del diritto negandolo a quelli che professano una data religione (1).

Noi abbiamo già dato un cenno della legge francese. A seconda di essa il godimento dei diritti civili non è un diritto assoluto dell'uomo civile, ma tale esso è pel francese solamente. Essa infatti attribuisce il godimento dei diritti civili in modo assoluto al francese soltanto, e a riguardo poi dello straniero dispone, come abbiamo già detto innanzi. Stando alla lettera di quella legge, bisognerebbe ammettere, che una persona appartenente ad un paese con cui la Francia non avesse stipulato un trattato destinato a regolare il godimento dei diritti civili rispetto ai Francesi, si troverebbe in Francia nella condizione di non avere il godimento di nessun diritto civile. Ecco l'anomalia che deriva dal voler subordinare le regole di diritto all'interesse. Un uomo civile può trovarsi in condizione di non possedere giuridicamente nessun diritto civile di cui possa pretenderne il godimento in un paese civile come la Francia.

293. A fine di eliminare tale anomalia gli scrittori francesi hanno riprodotta l'antica distinzione fra diritti civili e diritti delle genti, denotando colla prima denominazione i diritti stabiliti per i cittadini, ed hanno quindi sostenuto che gli stranieri, secondo il Codice francese, devono essere reputati esclusi dal godimento dei diritti, i quali a norma di esso sono stabiliti esclusivamente per i cittadini. Ma quali sono poi i diritti stabiliti esclusivamente per i cittadini? Qui comincia

(1) Secondo la legge del 1840 vigente in Romania era espressamente inibito agli israeliti di acquistare beni immobili, anche se essi facevano parte di una corporazione commerciale, era concesso soltanto ad essi la facoltà di acquistare gl'immobili urbani.

Solo la legge del 13 ottobre 1879 tolse codeste ingiustificate restrizioni, e abolì ogni differenza quanto al godimento dei diritti civili tra coloro che appartenevano a diverse confessioni religiose. Vedi *Annuaire de législation étrangère*, 1880, pag. 759.

la confusione ed è inevitabile, perchè mancano i criteri giuridici onde risolvere la questione in modo certo e sicuro. Così si è detto, ad esempio, che il diritto di disporre della proprietà si deve considerare come un diritto delle genti, se si tratta di disporre mediante un contratto, perchè i contratti sono di diritto delle genti, e come un diritto civile, se si tratta di disporre per testamento, essendochè tale modo di disporre della proprietà sia istituito dal diritto civile. Con tale distinzione si è arrivato a negare in Francia allo straniero il diritto di succedere e quello di trasmettere l'eredità, adducendo che esso non può goderne che subordinatamente alla condizione della reciprocità stipulata mediante trattato.

Eppure se si volgesse la mente a questo, che il diritto alla proprietà è il diritto naturale più certo, e che esso è come tale un diritto delle genti: che il diritto di disporre della proprietà è uno degli elementi integranti ed essenziali del diritto di proprietà, e quindi esso pure è un diritto delle genti, che il diritto di disporre della proprietà nei modi stabiliti dalla legge, a cui la persona è soggetta, è pure un diritto naturale dell'uomo e come tale un diritto delle genti: che il diritto di essere cittadino di un dato Stato, è pure un diritto naturale dell'uomo e quindi un diritto delle genti, si arriverebbe alla conclusione, che se la legge dello Stato, di cui uno facendo uso della sua libertà naturale fosse cittadino, gli concedesse di poter disporre mediante testamento, quegli che avesse disposto in tale modo stabilito dalla legge, a cui è soggetto, avrebbe esercitato un diritto naturale o delle genti, quello cioè di disporre della sua proprietà nei modi giuridici stabiliti dalla legge a cui fosse soggetto, e conseguentemente si potrebbe sostenere che il diritto di disporre in questo caso con testamento dovesse essere reputato pure di diritto delle genti.

Le quali cose abbiamo voluto notare a fine di mettere in evidenza, che la famosa distinzione fra i diritti privati dell'uomo secondo il diritto delle genti e i diritti di lui secondo il diritto civile di fronte alla legge positiva, che regola i rapporti tra uomo e uomo, è stata trovata onde fare scomparire in parte l'anomalia esistente in quelle leggi, che a somiglianza di quella francese, disconoscono la personalità giuridica dell'uomo. Volendo evitare l'assurdo, si è cercato di limitare la por-

tata del precetto legislativo, adducendo che esso non riguardava quei diritti appartenenti allo straniero, i quali si dovevano considerare fondati sul diritto delle genti.

294. Oggi sarebbe tempo che codeste distinzioni inutili sparissero dal campo della scienza. L'uomo possiede le facoltà di operare tutto ciò che è ad esso necessario onde conseguire il suo fine sociale. Ciascuna di queste facoltà costituisce un suo diritto. Fino a tanto che codesta facoltà è protetta dalla sola legge morale è per l'uomo un diritto naturale, quando poi essa è riconosciuta, dichiarata e protetta dalla legge giuridica o civile, essa costituisce un suo diritto civile. I diritti civili dell'uomo non sono altro quindi che le sue facoltà naturali riconosciute, dichiarate e protette dalla legge positiva e civile. La distinzione dei diritti privati e civili dell'uomo in diritti stabiliti dal diritto delle genti ed in diritti stabiliti dal diritto civile non ha fondamento giuridico, ed è per questo che non può servire a decidere circa i diritti dei quali deve essere concesso il godimento agli stranieri.

A noi sembra che l'unica differenza che si possa fare sia questa, in diritti, l'acquisto dei quali è riservato per espressa disposizione della legge al cittadino, ed in diritti dei quali, non essendo stata fatta dalla legge alcuna espressa riserva ai cittadini quanto all'acquisto, possono essere acquistati da chiunque ponga il fatto di cui la legge riconosce come conseguenza l'acquisto del diritto. È evidente che il godimento dei diritti della prima categoria deve essere riservato ai cittadini, essendochè essi solamente siano per espressa disposizione di legge dichiarati abili e capaci ad acquistarli.

295. Non cade qui in acconcio di esporre le disparità di diritto positivo circa la condizione giuridica dello straniero secondo le leggi dei diversi paesi, noteremo soltanto come l'indirizzo dato dal legislatore francese ha falsato i giusti concetti in questa materia, e come nella maggior parte di esse essendo prevalso il falso concetto, che i diritti privati dell'uomo siano creati dalla legge positiva (in luogo di quello che noi riconosciamo vero, che cioè la legge positiva non li crei perchè i diritti dell'uomo esistono avanti le dichiarazioni di lei, ma solo li riconosce, li regola, li tutela, li trasforma in diritti civili), si è arrivati a considerare lo straniero come un essere senza personalità

giuridica dinanzi alla legge dello Stato e ad ammettere che i diritti di lui possano essere ridotti alla stregua ed al ragguaglio stabiliti a volontà dal legislatore.

296. In Inghilterra la condizione giuridica dello straniero fu peggiore che in ogni altro paese fino al 1870. Fino al 1843 era negato ad esso di possedere gl'immobili: quella legge gli concesse il diritto di poter prendere in affitto gli stabili destinati all'esercizio della sua industria o ai bisogni della sua famiglia, purchè il godimento non si protraesse oltre 21 anni. Allo straniero era inoltre negato del tutto il diritto di acquistare o di trasmettere la proprietà degl'immobili. La legge del 1870 ha fatto scomparire sì grave anomalia ed ha così disposto: Art. 2. « Lo straniero è assimilato ai cittadini britannici in quanto concerne il possesso, il godimento, l'acquisto o la trasmissione in qualsiasi modo legale della proprietà dei mobili ed immobili ».

« Però il godimento della proprietà immobiliare non gli attribuisce nè la capacità alle pubbliche funzioni, nè l'eligibilità alle cariche parlamentari o municipali, nè il diritto di voto ».

« Tal godimento non gli conferisce in sostanza alcun diritto o privilegio tranne quelli che costituiscono l'essenza della proprietà ».

Art. 14. Lo straniero è incapace di essere proprietario di una nave inglese.

Art. 18. La capacità dello straniero ad acquistare immobili nelle colonie sarà come prima regolato a seconda delle diverse legislazioni coloniali (1).

Non reputiamo opportuno d'entrare nei particolari, e di esporre dettagliatamente quale sia la condizione dello straniero nell'attualità, di fronte alla legge inglese, e a seconda di quella degli altri paesi. Una esposizione particolareggiata ci costringerebbe ad andare per le lunghe e volendo essere brevi non potremmo evitare il grave inconveniente della mancanza di precisione e di chiarezza.

Ci sembra quindi miglior partito rinviare agli autori, i quali

---

(1) Vedi il testo della legge nell'*Annuaire de législation comparée*, tomo I, e un'esposizione di essa nella *Revue du droit intern.*, 1871, p. 601.

ne hanno trattato di proposito (1) e di limitarci a dire unicamente quale sia la condizione giuridica dello straniero secondo la legge nostra.

297. La disposizione dell'art. 3 del nostro Codice civile, la quale si riferisce alla condizione giuridica dello straniero di fronte alla legge nostra, così come essa è stata intesa nella dottrina e nella giurisprudenza, esprime il completo pareggiamento, e senza condizioni dello straniero al cittadino per quanto concerne il diritto privato. Non solo infatti a riguardo del godimento dei diritti acquistati dall'uno e dall'altro, ma a riguardo altresì di ciò che concerne l'acquisto, salvo i casi, nei quali la legge nostra riserva al cittadino la facoltà di acquistare un dato diritto, (o disponendo formalmente essere la qualità di

---

(1) Vedi per la condizione degli stranieri:

In **Austria**: Stoerk, nel *Journal du droit international privé*, 1880, pag. 329 e i richiami, ivi — Beauchet, *Perte et acquisition de la nationalité autrichienne*, ivi, 1883, pag. 362 — Lombard, ivi, 1887, pag. 210.

Pel **Belgio**: Haus, *Du droit privé, qui régit les étrangers en Belgique* — Lippeps, *Législation civile sur les droits dont les étrangers jouissent en Belgique* — Laurent, *Droit civil international*, tome II e passim. — Borchrave, *Droit des auteurs et des artistes étrangers; Journal du droit intern. privé*, 1887, 403.

Per la **Danimarca**: Hinderburg, *De la situation légale des sociétés étrangères; Journal du droit international privé*, 1884, pag. 35, e Goos, *De l'exécution des jugements étrangers*, ivi, 1880, pag. 368.

Per la **Francia**: Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France* — Legat, *Code des étrangers ou Traité de la législation française concernant les étrangers* — Sapey, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau droit* — Gand, *Code des étrangers* — De Royer, *De la condition civile des étrangers en France* — Durand, *Essai du droit international privé* (Première Partie) — Laurent, *Droit civil international*, tome II — Folleville, *De la condition juridique des étrangers en France* — Renault, *De la succession ab intestato des étrangers en France* nel *Journal du droit intern. privé*, 1875, pag. 329.

Per la **Gran Bretagna**: Le Baron, *Le code des étrangers* — Westoby, *Résumé de la législation anglaise* — Westlake, *La doctrine anglaise en matière de droit international privé, Journal du droit intern. privé*, 1881, pag. 312; 1882, pag. 5 e nella *Revue du droit intern. privé*, 1882, pag. 285 a 307 — Pavitt, *Compétence des Cours anglaises particulièrement à l'égard des étrangers, Journal du droit intern. privé*, 1885, pag. 505 — Stephen, *New commentaires on the law of England* — Harrison, *Conflits de lois particulièrement en Angleterre, Journal du droit international privé*, 1880, pag. 417 e 533.

cittadino una delle condizioni per l'acquisto di esso, o inibendo formalmente allo straniero di poter acquistare un dato diritto), si ammette, che lo straniero, quando ne abbia la capacità a norma della legge nazionale di lui, si trovi nella medesima condizione giuridica del cittadino.

298. Nella legislazione nostra non è stata fatta alcuna limitazione allo straniero a riguardo di quanto concerne l'acquisto dei diritti sui beni mobili ed immobili, eccetto soltanto quello di acquistare per intero la proprietà di una nave italiana. Conseguentemente lo straniero può divenire proprietario di miniere, di stabilimenti industriali, d'un'opera d'arte, di una marca di fabbrica osservando i modi ai quali per legge

---

Per la **Germania**: Vedi GIANZANA, *Lo straniero nel diritto civile*, legislazione comparata, vol. I, pag. 210 — HÆNEL, *Situation légale des enfants étrangers en Allemagne*, *Journal du droit intern. privé*, 1884, pag. 477 — LAURENT, *Droit civil international*, tome II, passim — LAWRENCE, *Commentaire sur Wheaton*, tome III, pag. 83 — HEYSSNER, *Exécution des jugements étrangers dans l'empire d'Allemagne*, *Journal du droit intern. privé*, 1882, pag. 25.

Per l'**Italia**: GIANZANA, *Lo straniero nel diritto civile italiano.* — ESPERSON, *Droit international privé dans la législation italienne*, *Journal du droit intern. privé*, 1879, pag. 329 e anni seguenti.

Per il **Perù**: *De la condition légale des étrangers au Pérou par* PRADIER-FODÉRÉ nel *Journal du droit intern. privé*, 1878, pag. 345 e 577.

Per la **Prussia**: STOERK, *De la condition légale des étrangers en Prusse*, *Journ. du droit intern. privé*, 1883, pag. 5.

Per il **Portogallo**: MELLO-FREIRE, *Inst. juris civil.*

Per l'**Olanda**: ASSER, *Droit international privé*, traduit par RIVIER-HINGST, *Jurisprudence des Cours et Tribunaux des Pays-Bas en matière de droit international; Revue de droit international*, 1882, p. 414 a 435.

Per la **Romania**: SULIOTIS, nel *Journ. du droit intern. privé*, 1887, 430, e *Loi du* 13 *octobre* 1879 *revisant l'article* 7 *de la constitution* nell'*Ann. de législ. étrang.*, 1880, pag. 759, e le notizie circa le leggi vigenti a riguardo degli stranieri, ivi.

Per la **Russia**: LEHR, *De la force obligatoire de la législation civile russe au point de vue du droit international*, *Journal du droit international privé*, 1877, pag. 205 — WITTE, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland.*

Per la **Serbia**: PAULOWICH, *Condition juridique des étrangers en Serbie*, *Journ. du droit intern. privé*, 1884, pag. 140.

Per la **Spagna**: TORRES-CAMPOS, *Principios de derecho internacional privato en sus relaciones con el derecho civil de España* — TORRES Y AGUILAR, *Droit international privé suivant la législation espagnole*,

è subordinato l'acquisto del diritto. Esso acquistando la proprietà acquista inoltre tutti i diritti che *ope legis* derivano da quello di proprietà, come ad es. sono i diritti di servitù legali. Nè può essere negato di acquistare lo stesso diritto di proprietà mediante la prescrizione nei casi nei quali il cittadino può acquistarlo.

Il diritto poi di acquistare per successione, per donazione, per testamento, deve essere attribuito ad esso senza contrasti e senza che possa essere subordinato a nissuna condizione, come gli devono essere parimente attribuiti tutti i diritti accessorii che secondo la legge nostra si devono ritenere compresi nel diritto principale. Così non può met-

---

Journ. du droit intern. privé, 1879, pag. 27. — Lehr, *Les éléments du droit civil espagnol.*

Per la Svezia: Dareste, *Condition légale des étrangers en Suède*, *Journal du droit intern. privé*, 1880, pag. 434 e Olivecrona, *Mariage des étrangers en Suède*, ivi, 1883, pag. 343.

Per la Svizzera: Vedi *Recueil des constitutions fédérales et continentales en vigueur au 1er janvier* 1880 — *Loi fédérale sur la capacité civile du* 22 *juin* 1881 *en vigueur depuis le* 1er *janvier* 1882 — *Code fédéral des obligations décrété par le Conseil des États le* 10 *juin* 1881 *et par le Conseil National le* 14 *juin* 1881 *exécutoire à partir du* 1er *janvier* 1883, nell'*Annuaire de législation étrangère, année* 1882, pag. 520 — Lehr, *Des successions d'étrangers dans le Canton du Valais*, *Journ. du droit international privé*, 1877, pag. 523 e 1883, pag. 13 — König, *Des droits des étrangers en Suisse en matière de marque de fabrique et de commerce*, ivi 1883, pag. 585 — Martin, *De la capacité civile au point de vue du droit international privé selon la législation fédéral Suisse*, ivi, 1883, pag. 29.

Per Tripoli: Vedi il Trattato del 12 febbraio 1873 tra la Gran Bretagna, la Francia, l'Italia e la Turchia che ristabilì ivi l'applicazione delle capitolazioni.

Per la Turchia: Vedi le Capitolazioni e Gavillot, *Essais sur les droits des européens en Turquie et en Egypte*, Paris, 1875 — Gatteschi, *Manuale di diritto pubblico e privato mussulmano* — Feraud-Giraud, *De la jurisdiction française dans les Échelles de Levant*, e Contuzzi nel *Digesto italiano*, voce *Scali del Levante.*

Molte informazioni e notizie sulla condizione degli stranieri e sulla applicazione fatta dalle leggi nei diversi Paesi, nelle questioni nelle quali siano stati interessati stranieri, si trovano nel *Journal du droit international privé* e nell'*Annuaire de législation étrangère* si trovano poi le leggi che hanno provveduto a regolare la condizione dei medesimi.

tersi in dubbio che lo straniero debba godere l'ipoteca legale nei casi contemplati dalla legge nostra e che possono essere ad esso applicabili. Tali sono il caso dell'ipoteca dovuta al venditore o altro alienante sopra gl'immobili alienati per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione: e quello dell'ipoteca istituita a favore dei coeredi soci e altri condividenti sopra gl'immobili caduti nell'eredità, società o comunione per il pagamento dei risarcimenti e conguagli.

Supponendo quindi, che uno straniero vendesse un immobile di sua proprietà ad un italiano accordandogli una dilazione pel pagamento del prezzo, il conservatore delle ipoteche dovrebbe in tal caso, a norma dell'articolo 1985 del nostro Codice, nel trascrivere l'atto di alienazione iscrivere d'ufficio l'ipoteca legale (stabilita dall'art. 1969) a favore dell'alienante straniero, e, qualora avesse omesso di farlo, questi avrebbe, al pari di un italiano, il diritto di agire contro il conservatore delle ipoteche, onde essere da lui rifatto di ogni danno, che fosse stato conseguenza dell'omessa iscrizione.

Così pure dovrebbe dirsi nell'ipotesi, che, in una successione retta dal diritto nostro, uno dei coeredi fosse straniero, o che tale fosse uno dei soci di una società o d'altra comunione retta dalla nostra legge. Anche in questi casi spetterebbe di diritto a codesto straniero l'ipoteca legale pel pagamento dei rifacimenti e conguagli.

299. Per quello poi, che concerne i diritti di condizione civile e i diritti personali notiamo, che lo straniero può in Italia godere ed esercitare tutti i diritti personali, che sono ad esso attribuiti dalla legge nazionale di lui, eccetto il caso della limitazione imposta dall'art. 12 delle disposizioni generali delle leggi, il quale non considera efficace la legge straniera, in quello che attribuisce diritti alle persone, i quali siano in opposizione con le leggi italiane, che riguardino in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume (1).

Nessun dubbio quindi può sorgere, di fronte al diritto nostro, che lo straniero, quando ne sia capace, possa adottare ed essere adottato, che possa essere tutore e membro del consiglio di famiglia, purchè

(1) Intorno alla retta interpretazione dell'art. 12 espressi il mio avviso nella mia opera *Sulle disposizioni generali del Codice civile*, vol. II, pagina 1, e seguenti.

però si trovi in condizioni che rendano possibile l'esercizio di tali diritti. Esso può altresì essere arbitro, ed il legislatore ha avuto cura di eliminare ogni dubbio a tale riguardo disponendo espressamente all'art. 10 del Codice di proc. civ. che chiunque, sia *cittadino o straniero*, può essere nominato arbitro. Può inoltre fare da testimone negli atti pubblici, purchè però abbia la residenza nel Regno. Infatti l'art. 788 del Codice civile, disponendo circa i testimoni pei testamenti, dice che essi devono essere maggiori di anni ventuno, cittadini del Regno *o stranieri in esso residenti*, e nella legge sul notariato trovasi sanzionato come regola generale all'art. 42, « che i testimoni devono essere maggiori di anni 21, cittadini del Regno, o stranieri in esso residenti ».

300. Indubitabilmente il diritto di adire i tribunali in qualità di attore senza essere assoggettato a nessun obbligo di prestare cauzione per le spese del giudizio è attribuito presso di noi allo straniero. Nella nostra legislazione vi è poi una disposizione veramente liberale a riguardo dello straniero, quella cioè che si trova nella legge del 6 dicembre 1865 modificata poi il 19 luglio 1880, e che riguarda il gratuito patrocinio. Con codesta legge fu provveduto a che coloro che non avessero mezzi per pagare le spese occorrenti onde far valere le loro ragioni in giudizio, potessero ottenere dal Governo le spese a credito ed il patrocinio gratuito. Ora di tale vantaggio possono godere anche gli stranieri, avendo il legislatore espressamente disposto all'art. 8 della mentovata legge del 1865, che tutti coloro, che si trovino nelle condizioni prescritte dall'art. 9, *non esclusi gli stranieri*, sono ammissibili al gratuito patrocinio.

Non solo quindi lo straniero è esonerato dal prestare la *cautio judicatum solvi* o *cautio pro expensis* ma, se esso fosse povero, e si trovasse nelle condizioni contemplate dalla legge, date le quali un italiano potrebbe ottenere il patrocinio gratuito e l'anticipazione delle spese del giudizio fatta dal Governo, potrebbe egli pure ottenere tale vantaggio.

Le leggi nostre relative al procedimento ed ai giudizi stabiliscono le norme rispetto alla competenza dei tribunali e alla procedura, e non è questo il luogo di esporle, così noteremo solamente che lo straniero, il quale abbia la capacità giuridica per essere attore,

e che si trovi nelle condizioni le quali, a norma della nostra legge, valgono ad attribuire la competenza ai nostri tribunali, può far decidere da questi ogni controversia, e senza che debba essere fatta alcuna differenza, per quello che concerne la forma del procedimento, a seconda che il convenuto sia un cittadino italiano o uno straniero.

301. A riguardo finalmente dei mezzi consentiti dalla legge nostra per la conservazione ed assicurazione dei diritti pare che oramai la dottrina e la giurisprudenza del nostro paese siano concordi nell'ammettere che uno straniero possa giovarsi delle disposizioni del nostro Codice civile e di quello della procedura civile, onde ottenere, quando ne sia il caso, il sequestro giudiziario o il sequestro conservativo contro un altro straniero o contro un italiano (1).

Codesto diritto è stato riconosciuto dai tribunali italiani ampiamente, avendo essi ammesso che si può ottenere il sequestro conservativo, anche quando penda la lite all'estero circa la sussistenza del credito pel quale fosse stato richiesto il sequestro sui beni del presunto debitore esistenti nel Regno (2), e che si possa ottenere da uno straniero contro un altro straniero, benchè nè l'uno nè l'altro risiedano in Italia (3).

Senza discussione si ritiene poi che lo straniero abbia il diritto di provocare dai nostri tribunali tutte le misure interinali o provvisorie che sono consentite dalla legge nostra onde assicurare i diritti.

Non entriamo in altri particolari, essendochè quello che abbiamo detto sia sufficiente per dare una succinta idea del sistema veramente liberale sancito presso di noi dalla legge e dalla giurisprudenza, e a far conoscere come la condizione giuridica dello straniero sia di fatto equiparata in Italia a quella del cittadino.

(1) Non è il caso di trattare in merito la questione quando tale diritto possa esercitarsi, ne tratteremo a suo luogo, e intanto rinviamo a GIANZANA. *Lo straniero nel diritto civile*, vol. II, § 250 e seg.

(2) Vedi Corte di Messina, 10 dicembre 1877, Cooper c. Beek e Parisi, *Temi Zanclea*, 1877, 15.

(3) Vedi Cass. di Torino, 25 giugno 1870, Canzio c. Perez Weber Gotz, *Giurisprudenza Torinese*, 1870, p. 490.

CAPITOLO II.

Delle persone giuridiche straniere.

302. Come le persone giuridiche siano una creazione della legge. — 303. Principali categorie di esse. — 304. La loro condizione giuridica può essere studiata sotto diversi punti di vista. — 305. Con quali criteri deve essere determinato il loro carattere di nazionali o stranieri. — 306. Del godimento e dell'esercizio dei loro diritti all'estero. — 307. Dottrina di Laurent. — 308. Teoria della Corte di Cassazione francese. — 309. Opinione di Mancini. — 310. Di Ricci, Pierantoni, Bianchi. — 311. Dottrina contraria di Merlin. — 312. Brocher. — 313. Gianzana. — 314. Teoria adottata dalla Cassazione di Torino. — 315. Lomonaco. — 316. La questione così come è stata posta ha reso più difficile di potere arrivare a conclusioni precise. — 317. Non si può ammettere l'assimilazione tra le persone naturali e le persone giuridiche. — 318. Opinione nostra. — 319. Le persone giuridiche devono essere ammesse al beneficio della vita internazionale. — 320. Come debbono essere tutelati i diritti delle sovranità e quelli dei terzi. — 321. Si ammette per le persone morali una specie di statuto personale, si ritiene però indispensabile il riconoscimento di esse. — 322. Dell'esercizio dei diritti degli enti morali stranieri riconosciuti e dell'applicazione della legge territoriale.

302. L'uomo è di per sè stesso e naturalmente un essere capace di obbligare gli altri verso di sè e di obbligare sè verso degli altri, ed è per questo che l'individualità umana è il tipo naturale del soggetto del diritto, o come disse energicamente Giustiniano è l'ente pel quale il diritto esiste.

La legge positiva ha non pertanto *creato*, quasi ad imitazione della persona fisica, la persona giuridica o persona morale, e diciamo *creato*, perchè in verità gli enti i quali, senza avere la capacità naturale ad essere soggetto di diritto, hanno nondimeno la capacità ai diritti, in conseguenza dell'essere questa ad essi attribuita dalla legge, si devono reputare come se fossero artificialmente da codesta legge creati.

Non ci sembra opportuno di discutere quali sieno le persone giuridiche, e quali gli elementi essenziali della personalità di esse, diciamo soltanto, che la persona giuridica è un ente organizzato a cui

la legge attribuisce la personalità giuridica, ed una condizione civile e una certa capacità ai diritti, affinchè esso possa avere la facoltà di servirsi dei mezzi idonei a conseguire il fine pel quale è stato istituito.

303. Tutte codeste persone si possono ridurre a due categorie generali.

a) Associazione di uomini aggregati col beneplacito dello Stato per un fine utile e determinato (*societas, collegium ordo*), cui lo Stato attribuisce la personalità giuridica, la quale è di per sè stessa ben distinta e diversa da quella delle persone fisiche, vale a dire da quella degli uomini che la compongono.

b) Aggregato di beni o di diritti coordinati e destinati ad attuare un fine utile (*universitas bonorum*), donde risulta un'istituzione, una fondazione, uno stabilimento al quale lo Stato, pel pubblico vantaggio, attribuisce la personalità e la capacità di esercitare certi diritti, onde conseguire meglio il fine cui esso è destinato.

Lo Stato è la più grande e la più importante delle persone giuridiche, anzi si dice comunemente che esso è una persona di pieno diritto.

Nella società civile sono pure considerate per disposizione di legge come persone il Comune, la Provincia e le sezioni nelle quali si divide lo Stato, e che rappresentano un complesso d'interessi collettivi. Sono stati inoltre considerate come persone certi istituti civili o ecclesiastici, i quali furono qualificati tali, perchè destinati a produrre certe pubbliche utilità riconosciute, e sarebbe proprio inutile di farne l'enumerazione, essendochè nell'attribuire a ciascuno di essi la personalità giuridica, ciascheduna sovranità faccia largo uso della propria autonomia, e nei diversi paesi siano tanti gli enti morali riconosciuti come persone, quanti sono i criteri che prevalgono a riguardo delle pubbliche utilità riconosciute, in considerazione delle quali può essere considerato conveniente di attribuire la personalità giuridica a certi enti.

Possiamo quindi stabilire come regola che, secondo la legge positiva, si devono considerare come persone giuridiche tutti gli enti organizzati e legalmente riconosciuti, ai quali la legge attribuisce la capacità ad alcuni diritti.

304. Ciò posto, gioverà considerare che la condizione civile delle persone giuridiche può essere studiata sotto due punti di vista:

1° per quello che riguarda la loro organizzazione e l'esistenza della loro personalità giuridica;

2° per quello che riguarda l'esercizio e il godimento dei diritti ad esse concessi dalla legge.

La questione sotto il primo punto di vista deve essere risoluta a seconda della legge interna dello Stato, del quale si deve ritenere che formi parte la persona giuridica. Bisogna infatti riferirsi ad essa quando si tratti di decidere se la persona giuridica abbia o non abbia legalmente esistenza e per determinare poi quale sia quella certa capacità giuridica a codesta persona attribuita.

305. E qui dobbiamo notare che siccome ciascun individuo appartiene ad uno Stato, e uno degli elementi principali del suo stato civile è la sua condizione di cittadino o di straniero, così deve dirsi delle persone giuridiche le quali, o fanno parte dello Stato e devono essere reputate nazionali, o non fanno parte di esso, e devono essere reputate straniere.

Ma quali sono poi gli elementi dai quali si deve desumere il carattere di nazionale o di straniero, quando si tratti di una società, di un'*universitas personarum*, o di un'*universitas bonorum?*

Ogni ente morale ha una personalità e un'esistenza giuridica propria e distinta da quella degl'individui, che compongono la corporazione, ed ha il suo carattere di nazionale o di straniero. Ora, bisogna innanzi tutto accertare tale suo carattere e qualità per determinare i suoi rapporti colla propria legge.

Nella stessa guisa che gl'individui o sono cittadini o sono stranieri, ed è la cittadinanza che determina il rapporto loro con lo statuto personale, così le persone giuridiche, i corpi morali, le università di qualunque natura esse siano, o sono nazionali o stranieri, ed è tale qualificazione che stabilisce *prima facie* il rapporto loro colla propria legge.

Ma quali sono gli elementi dai quali si deve desumere il carattere di nazionale o di straniero di un istituto?

A tale riguardo bisogna osservare, che la personalità giuridica

di un istituto non si fonda nè su quella dei membri che lo compongono presi individualmente, nè su quella di tutti presi collettivamente; laonde non si potrebbe qualificare come estero un istituto, solo perchè tutti i membri che lo componessero fossero stranieri. Non si possono infatti confondere le qualificazioni giuridiche degli individui *uti singuli*, colle qualificazioni giuridiche del corpo morale *uti universitas*. E poichè ogni istituto non acquista la personalità giuridica che per un atto, della suprema potestà del luogo, ove riceve la sua esistenza, così è all'atto di fondazione dell'istituto stesso che conviene volgere la mente per decidere se esso debba essere reputato nazionale o straniero. Se l'atto di fondazione, che attribuì la personalità giuridica all'istituto, sia stato emanato dalla sovranità nazionale, codesto istituto dev'essere riconosciuto come nazionale, tuttochè i membri che lo compongono sieno tutti stranieri, se invece l'atto di fondazione sia stato emanato da sovranità straniera e poi, o per i buoni rapporti esistenti fra gli Stati, o per la regola di diritto prevalente in un paese di riconoscere la personalità originaria degli enti suddetti, essi fossero ammessi ad esercitare i loro diritti nello Stato, l'istituto conserverebbe sempre il suo carattere di straniero, non ostante che per la successiva surrogazione dei suoi membri questi fossero in un dato tempo tutti nazionali. La personalità giuridica di un istituto è quindi sempre indipendente dalla qualità dei suoi membri, e non cangia la sua natura col cangiare delle persone che lo compongono: essa dipende invece completamente del suo atto di fondazione e bisogna riferirsi esclusivamente alla sovranità, che diè vita ad esso nel territorio soggetto alla sua suprema potestà.

306. La questione sotto il secondo punto di vista, quello cioè che concerne il godimento e l'esercizio dei diritti attribuiti alle persone giuridiche a norma della legge, da cui furono create, presenta maggior difficoltà non tanto di fronte alla legge dello Stato che diede ad esse la vita giuridica, quanto di fronte a quella degli altri Stati, nei quali una persona giuridica volesse estendere la sua attività e godere ed esercitare i propri diritti.

Alcuni dissero che gli stessi principii che regolano il godimento e l'esercizio all'estero dei diritti spettanti all'uomo, dovevano rego-

lare eziandio il godimento di quelli attribuiti dalla legge alla persona giuridica; altri li negarono assolutamente e sostennero in principio che le persone giuridiche legalmente costituite a norma della legge dello Stato non potevano pretendere alla vita giuridica internazionale, imperocchè, siccome esse esistono allora soltanto quando sieno state riconosciute ed autorizzate dal sovrano territoriale, così non possono pretendere di godere la personalità giuridica, che sul territorio dello Stato da cui siano state riconosciute ed autorizzate, e che negli altri Stati, non avendo un'esistenza giuridica naturalmente, e non potendo ottenerla che in virtù dell'autorizzazione data dal supremo potere a norma della legge, non potevano avere esistenza e vita giuridica che quando fossero riconosciute ed autorizzate dalla sovranità imperante.

Da questi principii gli scrittori deducono, che la capacità giuridica delle persone giuridiche viene a mancare del tutto fuori dello Stato che la creò, perchè, siccome non sarebbe possibile la capacità giuridica senza una persona, alla quale potesse essere attribuita, e siccome le persone giuridiche non hanno vita propria, ma l'acquistano, quando sieno state regolarmente riconosciute dall'autorità pubblica competente sotto le condizioni e nei modip revisti dalla legge, così si deve reputare indispensabile, affinchè possano avere capacità giuridica in paese estero, che siano regolarmente prima riconosciute ed autorizzate dall'autorità pubblica competente di tale paese.

307. Fra coloro che propugnano codesta teoria si trova Laurent, il quale, dopo avere lungamente dimostrato che evvi una differenza radicale tra le persone fisiche e le persone giuridiche (1), e per quello che concerne la loro attitudine ad essere soggetti di diritto e per quello che concerne i diritti di cui possono godere, e fondandosi sul concetto che il solo legislatore può creare le persone giuridiche, e che esso non può avere tale autorità che dentro i limiti del territorio sul quale impera, ne deduce, che le persone giuridiche non possono avere alcun diritto all'estero, perchè esse non hanno alcuna esistenza legale (2). « La corporation, dice l'insigne giurista, tient son existence

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. IV, n° 72 e seg.
(2) Ivi, n° 130 e seg.

de la loi, et la loi ne peut la reconnaître que dans les limites de territoire sur lequel elle a empire: le législateur ne pourrait, quand-même il le voudrait, lui donner une existence universelle, car cette existence est une fiction, et la fiction implique la reconnaissance du législateur. Pour qu'il y eût une fiction universelle, il faudrait un législateur universel, et à défaut d'un législateur, qui étende son pouvoir sur toutes les nations, il faudrait que la fiction fût adoptée par les autres: une fiction créée par la loi dans un pays est inexistante dans un autre aussi longtemps qu'elle n'y a pas été reconnue. Une fiction universelle créée par la volonté d'un législateur seul est une impossibilité juridique; donc ce que disent les auteurs, que les personnes juridiques existent partout et exercent leurs droits partout, est une hérésie (1) ».

Partendo da questi principii lo scrittore dice che la questione dei diritti di cui possono godere le persone giuridiche all'estero, posta in termini generali, è un assurdo giuridico, anzi soggiunge: « la question de droits des personnes juridiques ne peut pas même être posée pour celles qui ne sont pas reconnues, n'étant pas reconnues elles n'ont pas d'existence légale aux yeux de la loi, c'est le néant, et demande-t-on quels sont les droits du néant? Voilà certes une hérésie s'il en fût jamais! (2).

308. La teoria, con tanto calore sostenuta da Laurent, fu adottata dalla Corte di cassazione francese la quale, a proposito di una società anonima straniera, così decise:

« Attendu que la société anonyme n'est qu'une fiction de la loi, qu'elle n'existe que par elle, et n'a d'autres droits que ceux qu'elle lui censure; que la loi qui dérive de la souveraineté n'a d'empire que dans les limites du territoire sur lequel cette souveraineté s'exerce; qu'il suit de là que la société anonyme étrangère, quelque regulièrement constituée, qu'elle puisse être, dans le pays dans lequel elle s'est formée, ne peut avoir d'existence en France que par l'effet de la loi française, et en se soumettant à ses prescriptions. Que vainement on objecterait que le statut personnel suit l'étranger en France,

(1) Opera citata, pag. 232.
(2) Ivi, pag. 256.

et qu'à cet égard aucune distinction n'est à faire entre les lois qui règlent la capacité des individus et celles qui règlent l'état et la capacité des êtres moraux; qu'en effet, à la différence des personnes civiles, les personnes naturelles existent par elles-mêmes et indépendamment de la loi, et que l'on ne saurait confondre, quant à l'autorité qu'elles peuvent avoir en dehors du pays pour lequel elles ont été faites, les lois qui créent la personne et lui donnent l'existence, et celles qui ne font que réglementer ses droits et déterminer les conditions de leur existence (1).

309. Tra i giuristi italiani è stata pure lungamente dibattuta la questione se le persone morali estere debbano essere ammesse a godere nel Regno i diritti ad esse attribuite dalla loro legge nazionale, e se debba a loro riguardo essere riconosciuto uno statuto personale estraterritoriale, così come a norma della legge nostra si deve riconoscere per l'individuo straniero, e gli uni hanno seguita la via tracciata da Laurent, gli altri se ne sono allontanati. Tra i primi va annoverato Mancini, il quale nella sua relazione al Codice di commercio, a proposito del riconoscimento delle società estere in Italia, sollevò la questione generale e di principio e riprodusse la teoria di Laurent: « Prima di esaminare, egli scrisse da qual legge debbano essere regolati i diritti che le persone morali reclamano, bisogna provare che esse hanno veramente possibilità di esercitare diritti fuori del proprio paese. Ma per esercitare diritti è necessario esistere.

« Ora le persone fisiche esistono indipendentemente dalla legge che regola il loro stato e la loro capacità, e perciò godono all'estero dei diritti naturali, e presso di noi anche di tutti i diritti civili, mentre invece le persone morali non esistono realmente e naturalmente, esse debbono la loro vita ad una finzione e ad un atto di volontà dell'autorità politica, cui piace crearla e costituirla mercè l'opera della legge per uno scopo di pubblica utilità, giudicata col criterio dell'interesse regionale, e perciò non hanno esistenza e non possono avere diritto fuorchè nei limiti del territorio sul quale si estende la sovranità che loro attribuì una vita artificiale e della quale è organo la legge da

(1) Cass., 1 août, 1860 (Dussort), Dalloz, 1860, I, pag. 444.

cui furono create. Sarebbe assurdo che il legislatore pretendesse conferire ad una società nazionale un'esistenza universale. Anche volendolo non lo potrebbe, imperocchè la sua autorità non si estende per tutto il genere umano, ma si restringe alla nazione che egli rappresenta.

« Come conseguenza immediata di tutto ciò deriva che se una persona morale voglia esercitare qualche diritto all'estero, avrà bisogno della ricognizione dello Stato nel quale essa intende operare come persona giuridica » (1).

310. Ricci propugnò la medesima dottrina in una nota alla sentenza della Corte d'Appello di Genova del 20 settembre 1882; il Pierantoni in un articolo sulla capacità delle persone giuridiche straniere (2) e il Bianchi, il quale nella sua opera elementare di diritto civile, aveva sostenuto che i corpi morali esteri legalmente riconosciuti a norma della legge estera godono i diritti ad essi attribuiti dalla legge straniera (3), ha poi modificata la sua opinione nella più recente opera, nella quale accostandosi alla teorica di Laurent ha sostenuto che l'articolo 3° del nostro Codice civile, il quale attribuisce il godimento dei diritti civili agli stranieri non può essere applicato ai corpi morali esistenti all'estero fino a tanto che essi non siano stati legalmente riconosciuti nel nostro Stato (4).

311. L'opinione contraria era stata difesa da Merlin, il quale sostenne che lo statuto che attribuisce ai corpi morali la capacità di acquistare la proprietà dovea essere efficace anche a conferire ad essi tale diritto a riguardo dei beni situati all'estero, ed ecco come egli ne ragiona: « Allorchè un corpo esiste legittimamente; allorchè, per ragione del suo stato è capace di contrattare e di acquistare; la sua esistenza e la sua capacità debbono influire anche relativamente ai beni situati fuori della sfera d'azione della legge che diè a quel corpo l'esistenza e la capacità. L'autorità della legge del luogo in cui sono

---

(1) *Relazione sul nuovo Codice di commercio*, pag. 462.
(2) *Rassegna commerciale*, vol. II, pag. 1-29.
(3) *Elementi di diritto civile*, vol I, § 218.
(4) *Corso di diritto civile*, ediz. 1886, *Delle Persone*, n° 4, pag. 4.

posti i beni non ne soffre. Gli acquisti da essi fatti di beni soggetti all'impero di codesta legge non offendono lo spirito di essa, imperocchè essa pure dispone che i corpi morali legittimamente costituiti debbono essere reputati capaci di acquistare osservando le formalità dalla legge stabilite, essa accorda soltanto una deferenza alla legge straniera in questo che riconosce le persone ideali da questa riconosciute come corpi legittimamente costituiti (1).

312. Brocher è tra coloro che hanno vivamente combattuto la teoria di Laurent. Egli, riconoscendo pure che nella pratica la soluzione del problema della capacità delle persone morali all'estero debba dipendere dalle regole a tale riguardo ammesse da ciascuna sovranità, osserva non pertanto « che secondo la teoria speculativa gravi necessità sociali reclamano, che l'attività delle persone morali non sia ristretta nei limiti del territorio sul quale esse trovansi stabilite. Se è vero, egli dice che la personificazione può rendere grandi servigi allo sviluppo sociale, bisogna vedere in questo un còmpito comune per l'attuazione del quale le sovranità devono prestarsi reciproco aiuto » (2).

Venendo poi alla questione delle condizioni alle quali le persone morali possono essere ammesse a godere il beneficio della vita internazionale, egli è ben lungi dall'accordarsi con coloro, che non vorrebbero concedere a codeste persone regolarmente costituite di estendere la loro attività sul territorio di un altro Stato senza che siano state da questo prima riconosciute, perchè, egli osserva, che la principale conquista della scienza moderna è che l'autorità di ciascheduna legge non cessi alle frontiere dello Stato, che l'ha promulgata, e che si debba ammettere l'espansione della potenza di ciascuna sovranità ogni qualvolta che questa sia necessaria allo sviluppo sociale. Da tali premesse egli poi deduce che la distinzione profonda, che si vorrebbe stabilire tra le persone morali e le persone naturali, non è accettabile, che si

---

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Main morte* (gens de) § VII, n° 11.

(2) *Cours de droit intern. privé*, t. I, pag. 177-178. S'il est vrai que la personnification peut rendre de grands services au développement social, il y a là une tâche commune, pour l'accomplissement de laquelle les souverainctés doivent se venir réciproquement en aide.

deve ammettere, anche rispetto alle persone morali, la competenza prevalente della sovranità imperante sul territorio in cui esse siano create, e che, quando codesta sovranità abbia riconosciuto che la personificazione sia una forza necessaria pel corpo morale, affinchè esso possa conseguire il suo fine, la persona morale debba essere riconosciuta dovunque, e che non dovrebbe essere reputato necessario che essa si facesse prima autorizzare o riconoscere da tutti gli Stati nel territorio dei quali l'azzardo degli affari potesse far nascere l'interesse di agire (1).

313. Dei nostrani, Gianzana si è fatto a sostenere che le disposizioni del Codice civile patrio, le quali hanno per oggetto il godimento dei diritti civili spettanti agli stranieri, si debbano ritenere applicabili non solo all'individuo fisico, ma altresì alla persona giuridica straniera, la quale quando esista in virtù del riconoscimento del sovrano straniero, dev'essere ammessa a godere i suoi diritti, e che non occorre sempre l'autorizzazione del sovrano territoriale, siccome opina Laurent (2). A tale conclusione egli arriva, fondandosi sulla dottrina accettata dalla Corte di Genova colla sua sentenza nella causa dello Stato di Danimarca, istituito per testamento erede di un certo Morellet, morto a Genova, sentenza la quale fu confermata dalla Cassazione di Torino.

314. La questione principale, sommessa al giudizio della Corte di cassazione, era se l'art. 3 del Codice civile il quale dice: « lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini » si dovea ritenere applicabile al solo straniero persona fisica. La Cassazione disse: « che un'interpretazione così ristretta sarebbe stata inconciliabile collo spirito della legge, la quale nell'ammettere incondizionatamente lo straniero a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini, aveva segnato un vero progresso nelle relazioni internazionali private, e volle offrire agli altri popoli un'occasione ed un incentivo per formare possibilmente una sola famiglia a riguardo di tutti i rapporti

(1) Op. cit., pag. 185-188.
(2) *Lo straniero nel diritto civile*, vol. I, pag. 157. — Vedi pure i due capitoli precedenti.

civili, economici e politici, che tanta parte rappresentano del benessere morale e materiale della nazione ».

« Che non osta l'argomento che la personalità giuridica deve ritenersi costituita *propter utilitatem publicam*, e che non sempre ciò che fu riconosciuto utile in un luogo può essere egualmente utile in un altro, imperocchè il legislatore italiano volle scostarsi dall'antica scuola della stretta reciprocità e dell'utilità attuale e diretta, per seguire unicamente quei principii di suprema giustizia che stanno al di sopra di qualunque considerazione d'individuale interesse, e dai quali non era mai disgiunta nemmeno l'utilità, quell'utilità però che è universale di tutte le nazioni ».

« Egli ha ritenuto come un bene acquisito al comune patrimonio della famiglia umana, e quindi anche della nazione italiana, qualunque vantaggio possa avvenire da nuove istituzioni e dal miglioramento delle antiche, ad una nazione consorella senza scapito delle altre, e questa utilità ebbe unicamente di mira nella ferma fiducia, che il nobile esempio sarà seguito in epoca non lontana da tutti i popoli civili.

« La Corte osservò inoltre che non calza l'argomento fondato sulla considerazione dei danni che possono derivare se si ammettessero gli enti morali stranieri e si venisse così a ripristinare la *mano morta*, imperocchè l'ammettere i corpi morali esteri a godere dei diritti civili non vuol dire ammetterli ad esercitare le loro funzioni ed a spiegare l'attività del proprio organismo, e in altri termini ad impiantare il loro istituto in Italia ».

« La legge pel principio di solidarietà, che passa fra tutte le nazioni, accorda i diritti civili al corpo morale legalmente riconosciuto all'estero, ma non vuole di certo accordargli egualmente *a priori* una seconda esistenza nello Stato per la sola ragione che già esiste nel proprio paese » (1).

---

(1) Vedi la sentenza della Corte di Genova del 6 agosto 1881 (*Annali della Giurisprudenza italiana*, 1882, parte 3ª, pag. 41) — e Cassaz. di Torino, 18 novembre 1882, nel giornale *La Cassazione*, — e la nota ivi che riassume i principali argomenti della parte contraria.

315. Lomonaco, riconoscendo pure che la dottrina propugnata da Laurent è la più conforme ai principii rigorosi del diritto, applaudisce non pertanto a coloro che sostengono la dottrina opposta, e fondandosi sul principio della comunanza di diritto confida, che siccome lo straniero è ammesso a godere dovunque i diritti civili così devono parimente essere ammesse a goderli le persone giuridiche straniere (1).

316. L'esposizione che noi abbiamo fatta è la più sicura prova come la questione della condizione giuridica delle persone morali fuori del territorio, in cui esse siano state create, è di per sè stessa grave e complessa, ed era naturale che la dottrina e la giurisprudenza arrivassero a conclusioni diverse e disparate.

A noi sembra che la questione così come è stata posta dagli scrittori e dalle Corti italiane abbia reso più difficoltoso di poter arrivare a conclusioni precise e sicure, sulle quali fosse possibile l'accordo. È stato proposto infatti il quesito, se le disposizioni della legge, che concernono la condizione giuridica della personalità umana, si dovevano ritenere applicabili eziandio alle persone giuridiche, e se le stesse norme che devono regolare l'applicazione dello statuto personale all'individuo, che voglia esercitare e godere all'estero i diritti privati, che ad esso sono attribuiti dalla legge, dovevano regolare la condizione giuridica delle persone morali nei paesi stranieri. Così infatti Merlin pose la questione, e arrivò poi alle conclusioni da noi riferite, argomentando dal principio generale che lo stato e la capacità delle persone devono essere regolati dalle leggi della nazione a cui la persona appartiene.

Nella stessa guisa la questione è stata poi posta e discussa da Brocher, il quale dice che il problema consiste nell'esaminare se le disposizioni del Codice civile che contemplano *lo straniero*, debbano essere ristrette alla persona naturale, o se invece, essendo concepite in termini generali non debbano essere estese alle persone giuridiche, ritenendo queste assimilate alle altre. « Il faut se demander, en droit positif, egli scrive, si les personnes morales étant généralement assi-

(1) *Le persone giuridiche straniere e la giurisprudenza italiana*, nel giornale *Il Filangieri*, anno 1885, Parte 1ª.

milées aux personnes naturelles, ne doivent pas être considérées comme implicitement comprises dans le statut personnel » (1).

Nè diversamente la questione è stata posta in Italia. È stato infatti considerato come obbietto principale della disputa di esaminare se la disposizione dell'art. 3 del nostro Codice civile, il quale dice: « lo straniero è ammesso al godimento dei diritti civili » si debba ritenere limitato *al solo straniero persona fisica*, o se invece non debba comprendere *tutte le persone giuridiche straniere fisiche e morali*. In tali termini la questione fu formulata dalla Corte di cassazione nella sentenza innanzi riportata, e le conclusioni a cui poi essa arrivò riposano sul concetto, che il vocabolo *straniero* usato dal legislatore si presta ad una interpretazione estensiva di tutte le persone giuridiche straniere, tanto cioè alle persone fisiche quanto alle persone morali. Il quale principio è stato poi seguito dai giuristi italiani, che hanno fatto plauso alla teoria della Corte, tra i quali rammentiamo Gianzana e Lomonaco.

317. Ora reputiamo di osservare, che l'indirizzo non ci sembra corretto, perchè in verità l'assimilazione completa tra la persona naturale e la persoua giuridica di fronte alle norme dello statuto personale non si può assolutamente ammettere, anche se si volesse limitare codesta assimilazione a quei diritti soltanto, dei quali è possibile il godimento per l'una e per l'altra (come sono i diritti di proprietà e di successione a titolo particolare per atti tra i vivi o di ultima volontà), ed escludere quelli che possono derivare dai rapporti di famiglia, e quegli altri pei quali non si può ammettere la capacità dei corpi morali. Diciamo che l'assimilazione, anche limitata, non ci sembra ammissibile, perchè la condizione giuridica della persona naturale è sostanzialmente diversa da quella della persona giuridica, e per quello che concerne l'esistenza, e per quello che concerne lo sviluppo della propria attività. Affinchè una qual si fosse assimilazione tra i due enti potesse essere ammessa, bisognerebbe, che la condizione giuridica dell'uno e dell'altro avesse qualche cosa di somigliante e di equipollente, ma siccome non ci sembra che la si possa trovare, così siamo convinti

(1) BROCHER, op. cit., tom. I, pag. 188.

che l'essere partiti dal concetto dell'assimilazione è stata la precipua ragione del difetto del ragionamento, ed è valso poi a rendere difettive, deboli ed incerte le conclusioni.

Quale equipollenza vi può essere mai tra la persona fisica e la persona giuridica? La prima esiste di per sè, la seconda non esiste di per sè, bensì esiste per virtù della legge, la quale per un fine giuridico le attribuisce l'esistenza come persona.

La persona fisica ha per sua natura capacità ai diritti, le leggi civili prendono soltanto a regolare la *capacità naturale* di lei, la riconoscono, la sanzionano, la modificano estendendola o limitandola, la traducono in capacità giuridica. La persona morale non ha per sua natura nessuna capacità ai diritti, invece tale capacità le è soltanto attribuita dalla legge civile, allorquando il legislatore riconoscendo che essa abbia un fine utile da conseguire, vuole che essa abbia la facoltà di servirsi dei mezzi per raggiungerlo, ossia dei diritti.

La persona fisica ha tutti i diritti che corrispondono alle sue facoltà naturali e allo sviluppo della sua naturale attività, vale a dire, diritti personali, e diritti patrimoniali reali, o emergenti da un rapporto obbligatorio, non che i diritti di successione ereditaria.

La persona giuridica non gode di tutti questi diritti, ma di quelli soltanto che sono ad essa accordati dalla legge, i quali sono quelli solamente che sono necessari alla speciale esistenza di lei, al suo modo di essere ed al suo scopo limitato; esistenza e scopo essenzialmente diversi da quelli dell'uomo.

Ora se così stanno le cose, come si può vagheggiare l'assimilazione completa fra la persona fisica e la persona giuridica, tra questi due enti che non hanno nulla che sia sostanzialmente somigliante o equipollente?

La Corte di cassazione di Torino, la quale volle trovare nell'assimilazione la base delle sue conclusioni disdisse essa medesima il principio della sua argomentazione, allorchè nel corso del ragionamento, a fine di ovviare le assurde conseguenze che sarebbero derivate dalla logica applicazione del principio, disse: (1) « la legge pel prin-

(1) Cassaz. di Torino, sentenza citata.

« cipio di solidarietà che passa fra tutte le nazioni accorda i diritti
« civili al corpo morale riconosciuto all'estero, ma non vuole di certo
« accordargli egualmente *a priori una seconda esistenza nello Stato*
« *per la sola ragione che già esiste nel proprio paese.* »

Su di che noi osserviamo, che se l'esistenza del corpo morale straniero non deve dipendere dalla legge straniera, che attribui ad essa la personalità; se è indispensabile che lo Stato esamini prima se debba o no considerarlo esistente, ciò che val quanto dire se debba o no considerarlo come persona, come puossi ammettere l'assimilazione? Ha forse lo Stato il diritto di esaminare se l'uomo debba o no essere considerato come persona? e se il godimento dei diritti suppone un soggetto al quale i diritti appartengano; se l'esistenza del corpo morale straniero dev'essere subordinata al beneplacito dello Stato, a cui spetta decidere se il corpo morale estero debba essere riconosciuto esistente rispetto a noi, prima che codesta condizione non si sia avverata, a chi si vorrebbero attribuire i diritti civili? si attribuirebbero forse al niente?

318. L'alto concetto della solidarietà dei popoli civili e della loro comunione di diritto può valere a farci accettare in parte le conclusioni di coloro, che con lodevole proposito tendono ad assicurare alle persone giuridiche la vita internazionale, e ad allargare la sfera della loro attività a fine di concedere ad esse maggiori mezzi onde raggiungere i loro fini di pubblica utilità. Conviene però partire da un altro punto di vista.

Gioverà considerare innanzi tutto, che non si può dire di tutte le persone giuridiche, che esse siano esseri fittizii, e ideali creati dal legislatore con uno sforzo di astrazione. No: alcune di esse hanno un substrato reale ed obbiettivo, essendochè esse siano talvolta organismi necessarii nel seno dei quali l'attività della persona naturale si deve svolgere (come è, ad esempio, lo Stato), tal'altra il risultato dello spontaneo sviluppo dell'attività umana in guisa che essi devono essere considerati come una forma naturale dello spirito di associazione alimentato da comuni bisogni effettivi e reali, che si riferiscono alla vita scientifica, artistica, o al commercio o ad altri interessi superiori, reali, ed effettivi degli uomini che formano lo Stato. Il legislatore non forma codesti organismi, esso li trova formati, in

conseguenza del naturale sviluppo dell'attività dell'uomo, e attribuisce poi ad essi la personalità, perchè la personificazione dei medesimi è utile e indispensabile al più completo e al più grande sviluppo della personalità naturale. La personificazione di codesti corpi morali trova quindi la sua vera ragione d'essere nella stessa personalità umana, e non si può disconoscere in principio senza sterilire le fonti dello sviluppo più completo dell'attività umana.

Vi sono enti morali la personalità dei quali è veramente artificiale e fittizia, e che si riduce in atto in virtù di uno sforzo di astrazione. Così può dirsi delle fondazioni. Il legislatore personifica certi istituti di beneficenza, come ad esempio, un ospedale. Questo non rappresenta un'unità collettiva di persone, come una società commerciale, nè si può dire che i soggetti del diritto siano gli ammalati, i quali sono piuttosto l'oggetto dell'opera pia. In chi risiede la personificazione? essa risiede nell'opera umanitaria, che deve essere compiuta in un certo luogo e con determinati modi e mezzi; e il legislatore in quello che attribuisce la personalità a codesto pio fine, non viene in sostanza a fare altro che a personificare un'astrattezza, un ente ideale, che non ha nessuna apparenza visibile, così come l'ha un corpo formato da un certo numero d'individui.

Rispetto agli organismi della prima categoria sopratutto, posto che essi sono il prodotto dell'attività degli uomini, e che la personificazione di essi deve reputarsi necessaria o utile al più largo sviluppo dell'attività stessa, ne segue, che la vita giuridica di essi non dev'essere in massima ristretta nei confini dello Stato, così come non deve essere ristretto in tali confini lo sviluppo della personalità naturale, a cui la personificazione di tali enti è necessaria o utile.

Bisogna inoltre considerare che, siccome a riconoscere la necessità o le utilità sociali, che sono la principale ragione della personificazione di certi enti morali, deve reputarsi competente la sovranità di ciascuno Stato, così fa d'uopo di ammettere che deve essere affidato al potere legislativo di ciascuno Stato di attribuire la personificazione a codesti enti e di concedere ad essi la facoltà di servirsi dei mezzi i più adatti a conseguire il loro fine, vale a dire la capacità a godere di certi diritti.

Riconosciamo anche noi che, affinchè una persona giuridica possa ritenersi legalmente costituita (eccetto solo lo Stato, il quale, quando sia costituito politicamente, è di per sè e di pieno diritto una persona giuridica), occorre sempre che intervenga il potere supremo dello Stato, che in virtù della legge le attribuisca la personificazione; ma non possiamo ammettere che l'esistenza di codesta persona debba essere poi ristretta nei materiali confini dello Stato, e che dentro tali confini debba essere ristretta la vita e l'attività giuridica della medesima. Se la cresciuta civiltà tende a stabilire una vera communità di diritto tra i popoli civili, e a fare che ciascuno di essi non ponga ostacoli al progressivo sviluppo degli interessi economici e morali degli altri, e che tutti cooperino ad allargare il campo dell'attività umana, deve riuscire chiaro, per quello che abbiamo già detto, che tutti debbano considerare come d'interesse comune il procurare alle persone morali il beneficio della vita internazionale.

Non possiamo quindi ammettere in principio quello che hanno sostenuto Laurent e Mancini che cioè, essendo la personalità giuridica una finzione creata mercè l'opera della legge e per uno scopo di pubblica utilità giudicata col criterio regionale, l'esistenza di tale personalità debba essere riguardata come se spirasse alla frontiera, e che essa non possa avere diritti fuori dei limiti del territorio sul quale impera la sovranità, che ad essa attribuì una vita artificiale. Contro questo concetto sta quello che la scienza moderna ha proclamato, che cioè gli Stati, in omaggio al principio della communità di diritto che si tende a stabilire fra di loro, non devono insidiarsi a vicenda e porre ostacoli allo sviluppo dei reciproci interessi, quando non vi sia il proprio tornaconto: che lo sviluppo degl'interessi generali dell'umanità non può risultare che dallo sviluppo degl'interessi particolari dei singoli Stati, per lo che ciascuno di essi non deve vagheggiare il proprio interesse attuale e diretto, ma riguardare invece come un bene acquisito al comune patrimonio della famiglia umana qual si sia vantaggio, che in vista di certe istituzioni possa essere ottenuto in questo o in quel paese straniero, semprechè però non ne derivi offesa ai principii della giustizia e al diritto pubblico territoriale.

319. Posto quindi che la personificazione degli enti morali sia un

bisogno reale ed effettivo a riguardo di tutti gli Stati civili; che l'autorizzazione del potere supremo dello Stato sia sempre indispensabile; che bisogni ammettere a preferenza la competenza speciale di quello del paese ove per considerazioni politiche o di economia sia nata la necessità o l'utilità della personificazione; che debba essere riconosciuta la competenza del potere medesimo, che abbia costituito la persona giuridica, a riguardo dell'attribuire ad essa la capacità ai diritti dei quali le dev'essere concesso il godimento; essendochè codesto potere sia in grado di conoscere meglio quali siano le facoltà delle quali l'ente morale ha bisogno di servirsi onde conseguire più facilmente il suo fine: considerando inoltre che l'essere le persone morali create dalla legge per un interesse nazionale economico o politico, e per la pubblica utilità nazionale, non dev'essere una ragione di per sè stessa sufficiente onde negare ad esse di estendere la loro attività nei paesi stranieri, semprechè però tale sviluppo non arrechi nocumento agl'interessi della sovranità territoriale e al diritto sociale, ne consegue, che in virtù del principio della communità di diritto degli Stati civili fa di mestiere ritenere in massima, che ogni persona giuridica debba essere ammessa al beneficio della vita internazionale, e debba avere la facoltà di esplicare la sua attività oltre i limiti territoriali dello Stato, in cui fu in virtù della legge costituita, semprechè in tale sua esplicazione non leda i diritti della sovranità territoriale e quelli degli individui associati.

320. Ridotto a questi termini l'oggetto della controversia ci sembra, che tutta la difficoltà ora consista nello stabilire, in quale maniera si debbano tutelare i diritti della sovranità territoriale, e quelli degli individui associati.

A riguardo delle persone morali non si può dire, che ad eliminare codesta difficoltà possa adeguatamente essere provveduto con la regola generale da noi svolta rispetto allo straniero, rispetto al quale abbiamo sostenuto, che senza che si possa discutere, se la sua personalità giuridica debba o no essere riconosciuta, si può soltanto concedere che l'esercizio dei diritti civili che gli appartengono, possa essere limitato dal sovrano territoriale, allorchè l'esercizio di codesti diritti implichi l'offesa del diritto pubblico territoriale o del diritto

sociale. Questa regola può avere anche la sua applicazione a riguardo delle persone giuridiche, però queste si trovano in una condizione del tutto speciale, imperocchè, siccome la loro esistenza è sempre motivata da considerazioni d'interesse politico, economico o morale, riconosciuto dalla pubblica autorità, così può accadere, che il riconoscere l'esistenza della persona giuridica possa essere di per sè stesso un'offesa al diritto pubblico territoriale, allorchè le considerazioni che motivarono la personificazione, siano di per loro stesse in opposizione coi fini dello Stato, o col diritto pubblico territoriale. Indispensabile è quindi, onde tutelare i diritti della sovranità territoriale, che la persona giuridica straniera sia riconosciuta dal supremo potere dello Stato.

Il riconoscimento non equivale alla creazione della persona giuridica, o all'attribuire ad essa la vita fittizia nei confini dello Stato, questo importerebbe la costituzione e l'esistenza di un'altra persona giuridica, e importerebbe conseguentemente, che essa dovesse essere tante volte creata, e tante volte costituita, quanti fossero i paesi nei quali essa volesse esplicare la sua attività: No. La persona giuridica esiste in virtù della legge del proprio paese, e nessun altro potere dev'essere reputato più competente di quello del luogo ove in considerazione dei bisogni politici, economici o morali, la personificazione ebbe origine. La suprema potestà dello Stato deve soltanto riconoscere la persona giuridica, onde ammetterla ad esercitare, dentro i limiti che or ora indicheremo, quei diritti, dei quali fu ad essa concesso il godimento dalla legge stessa da cui essa fu costituita.

321. Ammettiamo quindi anche noi una specie di statuto personale per le persone morali nel senso cioè, che quando esse siano state riconosciute, non solo devono essere reputate esistenti in virtù della legge straniera, mercè l'opera della quale furono create, ma salvo le restrizioni, delle quali diremo in seguito, devono altresì essere reputate capaci ad esercitare i diritti ad esse conferiti dalla medesima legge, e dentro i limiti da essa fissati.

Il riconoscimento, del quale noi parliamo, può essere formale, quando esso assuma la forma di autorizzazione da parte del potere territoriale, può essere generale, quando mediante un trattato o altrimenti sia concordato il riconoscimento reciproco di una data categoria

di persone giuridiche, e può essere tacito come avviene, ad esempio, rispetto allo Stato straniero, il quale essendo di pieno diritto una persona giuridica, appena che esso sia politicamente costituito, così ne siegue, che tutti gli Stati che abbiano riconosciuto uno Stato politicamente costituito, debbano riconoscerlo parimente come una persona giuridica.

Il riconoscimento può essere, per così dire, necessario, quando cioè esso deve essere riguardato come il risultato necessario della natura delle cose. Così, ad esempio, può dirsi nel caso di una società commerciale, la quale non sia stata nè formalmente nè tacitamente riconosciuta, e che abbia nondimeno fatto atti giuridici in paese straniero. Siccome la riunione di più individui per uno scopo comune fa che essi tutti assumano di fatto la condizione giuridica di una persona morale (perchè non si può fare a meno di considerarli altrimenti che come un'associazione di fatto), così lo Stato, nel quale codesta associazione abbia fatto atti giuridici senza essere in nessuna guisa riconosciuta, non può fare a meno di considerarla come un'associazione di fatto, e di attribuire quindi ad essa il godimento di quei diritti, che in virtù della legge a tali organismi appartengono.

Ma sia questa o quella la forma del riconoscimento a noi (dobbiamo ripeterlo) pare indispensabile che esso abbia luogo, affinchè la persona giuridica, già esistente in virtù della legge estera, possa allargare la sfera della sua attività giuridica in un paese estero.

322. S'intende poi benissimo che allora quando il riconoscimento della persona giuridica straniera abbia avuto luogo, questo non può bastare ad attribuire ad essa senz'altro l'esercizio di tutti i diritti dei quali le abbia conferito il godimento il legislatore straniero. Bisogna invece tener presente la regola generale che cioè qualunque rapporto e qualunque fatto giuridico, che è posto in essere nel territorio sul quale impera la sovranità nazionale, deve essere assoggettato alle leggi vigenti nel territorio in tutte quelle circostanze, nelle quali, secondo i principii generali, si deve ammettere l'impero della legge territoriale, e sotto questo rispetto si devono applicare alle persone giuridiche straniere le stesse regole che si applicano allo straniero.

Nella stessa guisa quindi che la sovranità territoriale può limi-

tare l'esercizio dei diritti appartenenti allo straniero ogni qualvolta che ne derivi offesa al diritto pubblico territoriale o al diritto sociale, così può fare a riguardo delle persone giuridiche straniere.

Facendo l'applicazione dei principii esposti fino a questo punto osserviamo, che qualora la sovranità territoriale avesse riconosciuto l'ente morale straniero si dovrebbe poi decidere a norma della legge estera, se esso possedesse i requisiti necessari e sostanziali da codesta legge richiesti per attribuirgli la personalità giuridica, e se per ritenere questa legalmente costituita fosse sempre necessario un atto espresso e formale da parte della suprema autorità, e se la personalità potesse ritenersi accordata dal legislatore straniero in conseguenza di una tolleranza manifesta e dell'autorizzazione tacitamente concessa, e, a norma della medesima legge, si dovrebbe decidere se l'ente morale dovesse essere reputato una persona giuridica o un ente collettivo, e se esso dovesse essere ritenuto come una corporazione, una associazione o una fondazione.

Bisognerebbe inoltre riferirsi alla legge estera medesima onde determinare la capacità giuridica della persona morale, la sua legittima sfera di azione e via dicendo. In conseguenza rispetto allo stesso Stato, che abbiamo detto dover essere considerato di pieno diritto una persona giuridica, qualora secondo la legge costituzionale esso non avesse, ad es., la capacità a ricevere una liberalità, si dovrebbe dichiarare nullo un legato a favore del medesimo, non ostantechè si trattasse di una successione che supponiamo si fosse aperta in Italia, e che quivi lo Stato straniero volesse ottenere il pagamento del legato. Così si dovrebbe dire di un legato a favore del Governo di New-York, il quale, secondo la legge costituzionale, non ha la capacità a ricevere una liberalità. La stessa Corte di New-York decise (1) che non può essere fatto validamente un legato ad una corporazione, se questa secondo la costituzione o lo statuto, non sia dichiarata capace a ricevere una liberalità, e quindi che non avendo il Governo degli Stati Uniti, secondo lo statuto tale capacità, un legato a favore di esso si

(1) Vedi la sentenza riportata nel *Journal de droit intern. privé*, 1874, pag. 266.

dovrebbe ritenere nullo. Così anche qual si sia questione relativa alla capacità dei diritti di uno Stato straniero, dovrà essere risoluta in conformità della legge estera, e non di quella del nostro paese che lo abbia riconosciuto, e che conseguentemente sia venuto così a considerarlo come una persona morale.

Per quello poi che potesse concernere il godimento e l'esercizio dei diritti quanto al possedere, all'acquistare la proprietà, al contrattare, allo stare in giudizio e via dicendo, bisognerebbe ammettere l'impero delle leggi territoriali in quello che essi provvedessero a tutelare l'ordine pubblico e il diritto sociale. Conseguentemente ammesso pure la capacità di acquistare la proprietà immobile, qualora il legislatore territoriale, a fine d'impedire l'accrescimento sproporzionato della *mano morta* avesse disposto, che i corpi morali non potessero acquistare beni immobili senza essere previamente autorizzati dal Governo (così come ha disposto il legislatore italiano con la legge del 5 giugno 1850), nessun dubbio che a codesta legge dovessero sottostare anche i corpi morali stranieri riconosciuti e dichiarati capaci di acquistare la proprietà.

È chiaro, che il sovrano territoriale disponendo che l'acquisto dei beni immobili da parte dei corpi morali debba essere controllato dal Governo, ha mirato direttamente a tutelare il diritto sociale e gli interessi generali economici e politici dello Stato. Esso, col sottoporre l'acquisto alla previa autorizzazione, ha voluto riservarsi il mezzo di poterlo impedire ogni qualvolta potesse ledere gl'interessi economici nazionali, e la prosperità agricola a cagione dell'eccessivo accrescimento della *mano morta*. Evidentemente si deve in tale legge riconoscere il carattere dello statuto reale, e riguardarla applicabile a tutti gli enti morali che volessero acquistare immobili, tanto che codesti enti fossero essi nazionali, quanto che fossero stranieri (1).

Per la medesima ragione, se la legge territoriale avesse sancito la redimibilità dei beni di *mano morta* dovrebbero a tali disposizioni

(1) Vedi Parere del Consiglio di Stato italiano del 7 giugno 1884, nel giornale *La Legge*, anno 1884, vol. II, pag. 355, e Saredo, *Il Governo del Re e gli acquisti dei Corpi morali*, nel *Digesto italiano*, voce *Acquisto*.

essere sommessi anche i corpi morali stranieri, e così deve dirsi di ogni legge sancita dal sovrano territoriale per tutelare gl'interessi nazionali, la prosperità economica e la ricchezza pubblica, e di quelle leggi che mirano a tutelare il diritto politico. Così non potrebbero i corpi morali stranieri prevalersi della capacità ad essi attribuita dalla legge estera onde fondare sodalizii che fossero in opposizione cogli interessi morali e politici dello Stato.

Stando nel nostro ordine d'idee si comprende come il sovrano territoriale, riconoscendo pure certi enti giuridici, stranieri, possa assoggettarli a formalità stabilite per legge nell'ammetterli ad esercitare i loro diritti. Così, ad esempio, può dirsi delle società commerciali straniere, per le quali il legislatore dello Stato pur riconoscendole, e riconoscendo in esse la capacità ai diritti secondo la loro legge, può subordinare a certe condizioni l'esercizio dei diritti da parte di quelle, che volessero avere una sede stabile nello Stato o una rappresentanza, e obbligarle al deposito, alla trascrizione, all'affissione e pubblicazione dell'atto costitutivo, e dei bilanci e via dicendo, onde tutelare in tal guisa i diritti dei terzi.

Noi ritorneremo di proposito su tale soggetto allorchè discorreremo delle società commerciali straniere. In questa parte ci pare sufficiente quello che abbiamo detto per risolvere in generale le questioni relative alle persone giuridiche straniere per le quali tutte indistintamente bisogna ammettere che, tenendo fermo che la loro personalità e la loro capacità si debbono desumere dalla legge straniera, si deve ritenere indispensabile innanzi tutto il loro riconoscimento, é riguardarle poi soggette alla legge territoriale sotto il punto di vista testè esposto, per quello che concerne lo sviluppo della loro attività giuridica e l'esercizio dei loro diritti.

CAPITOLO III.

Della cittadinanza.

323. Come ed entro quali limiti ciascuno Stato possa regolare la cittadinanza. — 324. Leggi che la fanno dipendere dall'essere nato nel territorio dello Stato. — 325. Leggi che la fanno dipendere dai rapporti di famiglia. — 326. Differenza fra le leggi che regolano la perdita della cittadinanza. – 327. Condizione del figlio minore. — 328. Come possa accadere che uno abbia duplice cittadinanza o che manchi del tutto di essa. — 329. Con quali norme la cittadinanza dovrebbe essere determinata dai tribunali dello Stato di cui si voglia attribuire la cittadinanza. — 330. Come lo debba essere dai tribunali dei terzi Stati. — 331. Inconvenienti della mancanza di un diritto uniforme circa l'acquisto e la perdita della cittadinanza. — 332. Principii secondo il diritto razionale. — 333. Si giustifica l'attribuire al figlio la cittadinanza del padre. — 334. Cittadinanza del figlio naturale. — 335. Condizione del figlio naturale riconosciuto prima dalla madre e poi dal padre, se entrambi siano cittadini di Stati diversi. — 336. Cittadinanza del figlio di genitori ignoti. — 337. Dell'obbligo del servizio militare imposto a chiunque voglia espatriare. — 338. Si esamina la controversia della condizione della moglie di uno che avesse acquistato una nuova cittadinanza. — 339. Disposizioni di diritto positivo su tale soggetto. — 340. Condizione del figlio minore di colui che abbia acquistato la nuova cittadinanza o perduta l'originaria. — 341. Inconvenienti della mancanza di un diritto uniforme. — 342. Norme per risolvere i conflitti di leggi circa la cittadinanza. — 343. Del figlio concepito nell'antica patria e nato in quella nuova del padre. — 344. Regola per determinare la cittadinanza. — 345. Come si debba presumere la conservazione della cittadinanza originaria. — 346. La rinuncia a questa richiede sempre un fatto volontario. — 347. Applicazione dei principii a minori stranieri. — 348. Effetti della nuova cittadinanza a riguardo dei diritti civili e politici. — 349. Effetti a riguardo del mutamento dello statuto personale. — 350. Dei diritti acquistati secondo la legge dell'antica patria. — 351. Quando lo stato acquistato nell'antica patria possa o no essere riconosciuto. — 352. Legge che dovrebbe regolare le conseguenze giuridiche dello stato acquistato. — 353. La maggiore età e la incapacità. — 354. Prova della cittadinanza.

323. Ciascuno Stato potendo esercitare il suo potere legislativo con la più completa indipendenza può con le proprie leggi determinare chi debba essere reputato cittadino o straniero. Così pure

ciascuna legge può stabilire i modi, le condizioni e le circostanze che possono condurre all'acquisto od alla perdita della cittadinanza.

Senza dubbio la questione della cittadinanza, considerata di fronte alla legge dello Stato di cui la persona pretende di essere cittadino, non si può risolvere altrimenti, che a norma di codesta legge, essendochè nessuna altra legge, tranne quella del paese di cui la persona e gl'interessati reclamano la cittadinanza, possa avere autorità per decidere in tale paese se di esso uno debba essere ritenuto cittadino (1).

Non si può per altro ammettere che cotesta indipendenza di ciascuno Stato debba reputarsi tanto assoluta da sostenere che le leggi da esso fatte onde regolare ed attribuire la cittadinanza debbano imperare dovunque per decidere a norma di esse qualunque controversia a questa relativa, imperocchè quantunque ogni sovranità possa

---

(1) Vedi per le questioni relative alla cittadinanza: Bianchi, *Corso di Codice civile*, 2ª ediz., vol. IV; Catellani, *Il diritto intern. privato ed i suoi recenti progressi*, vol. II; Fulci, *Se si possono avere due patrie. Giornale delle leggi*, 1880, p. 19; Polacco, *La famiglia del naturalizzato. Archivio giuridico*, vol. XXIX, p. 376; Olivi, *Della cittadinanza*, ivi, vol. XVI. — Vedi pure l'importante sentenza della Corte di Lucca, nella causa Samama, 8 giugno 1880. *Foro italiano*, 1880, I, 1119, e quella della stessa Corte, nella causa Blanc c. Trafford. *Monitore dei Tribunali*, 1885, p. 1000; Gogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*; Stoicesco, *Étude sur la naturalisation;* Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation;* Alauzet, *De la qualité de Français et de la naturalisation;* Cutler, *The Law of naturalization as amended by the naturalization acts of* 1870; Cochburn, *Nationality of the law relative subjects and aliens;* Beach, Lawrence, *Comment. sur Wheaton;* Calvo, *Droit international*, vol. II; Laurent, *Droit civil intern.*, vol. III, §§ 250 e 280; Asser, *Droit intern. privé*, § 18; Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, liv. I, ch. I, § 25, ch. III, § 50, *de la patrie.*

Nel *Journal du droit international privé* si trovano molte dissertazioni speciali relative alla naturalizzazione, e tra queste rammentiamo Beauchet, *Acquisition et perte de la naturalité autrichienne*, vol. III, p. 88; Paulovitsch, *De la condition juridique des étrangers en Serbie;* Kelly, *Des effets du mariage sur la nationalité dans les États Unis d'Amérique*, 1884; Lehr, *Du droit de se prévaloir d'une double nationalité* nella *Revue du droit international*, t. II, p. 312.

assoggettare ai suoi precetti legislativi le persone in quanto all'acquisto ed alla perdita della cittadinanza, pure, siccome la competenza di qualsivoglia legislatore dev'essere ristretta, per quello che concerne l'autorità estraterritoriale delle leggi da esso emanate, dentro i limiti fissati dal diritto internazionale, così di fronte ai terzi Stati non potrebbe essere efficace, nè avere autorità estraterritoriale una legge, la quale avesse attribuita la cittadinanza offendendo i diritti dell'uomo e i principii del diritto internazionale.

La distinzione che noi abbiamo stimato opportuno di fare ci sembra indispensabile onde risolvere le controversie circa la cittadinanza, nel caso che uno potesse essere reputato contemporaneamente cittadino di due Stati a norma delle leggi dell'uno e dell'altro di essi relative alla cittadinanza, e che i Tribunali di un terzo Stato fossero chiamati a decidere.

324. Le leggi dei diversi paesi che regolano l'acquisto e la perdita della cittadinanza sono notabilmente diverse. Alcune di esse l'attribuiscono a chiunque sia nato nel territorio dello Stato. Così era ad esempio in Francia secondo il diritto antico (1) e nel Belgio ove in virtù della Costituzione del 1815, che fu poi abolita da quella del 1831, la cittadinanza era attribuita a chiunque fosse nato nel territorio dello Stato da genitori ivi domiciliati. Così è tuttora a seconda della legge di molte repubbliche americane, come sarebbe ad esempio della Costituzione del Chilì, che attribuisce la cittadinanza Chiliana a tutti coloro che nascono in tale paese quantunque il loro padre sia straniero. Secondo altre leggi la cittadinanza è attribuita agli stranieri che dimorano nel territorio, come accade nella repubblica di Venezuela ove a norma del decreto del 14 gennaio 1874 furono richiamati in vigore le leggi e i regolamenti anteriori, in virtù dei quali gli stranieri, che emigrano a Venezuela, acquistano la cittadinanza Venezuelese pel solo fatto del loro arrivo sul territorio di quella repubblica (2).

Nel Brasile accadeva lo stesso in forza della Costituzione quivi

(1) POTHIER, *De person.*, *Vallette sur Proudhon*, p. 121.

(2) CLERY, *De la nationalité imposée par un gouvernement étranger*, *Journ. du droit intern. privé*, 1875, p. 180.

vigente finchè non vi fu pubblicata la legge del 10 settembre 1860, la quale dispose che i minori stranieri nati in tale paese avrebbero conservata la cittadinanza del padre durante la minorità, e che divenuti maggiori sarebbero stati considerati Brasiliani, se non avessero fatta nessuna dichiarazione contraria.

Anche nella Repubblica Argentina a norma della legge del 1° ottobre 1869 sono reputati Argentini tutte le persone nate, o che siano per nascere in tale territorio, qualunque sia la cittadinanza del padre, eccettuati soltanto i figli dei ministri stranieri residenti nella repubblica: e vogliamo notare che siccome codesta legge rispetto ai figli nati all'estero da padre argentino dispone, che è in loro facoltà di ottare per conservare la cittadinanza d'origine, così da ciò ne deriva, che il figlio di un argentino possa seguire a suo piacimento la cittadinanza del padre, e che potendo perdere quella sua originaria facendone la dichiarazione, senza che la legge subordini l'efficacia di essa alla condizione che egli abbia acquistato una cittadinanza straniera, possa accadere che il medesimo si trovi nella condizione di una persona senza cittadinanza.

Tra i codici vigenti negli Stati Europei rammentiamo quello neerlandese, il quale dispone, che debbano essere reputati cittadini tutti coloro che siano nati nel regno o nelle sue colonie da genitori che abbiano ivi il loro domicilio: tutti coloro che sieno nati nel regno anche da genitori in esso non domiciliati, purchè vi stabiliscano il loro domicilio: coloro inoltre nati all'estero da genitori stranieri domiciliati nel Regno o nelle sue colonie, ma assenti per servizio pubblico o in viaggio (1).

In Inghilterra a norma dell'atto del 12 marzo 1870 fu temperato il rigore della legge prima vigente, che attribuiva la cittadinanza inglese ai figli di stranieri nati in Inghilterra, concedendo ai medesimi il diritto di ottare per la cittadinanza straniera nell'anno della maggiore età. Tacciamo di altre leggi a queste conformi.

325. Le leggi vigenti in altri Stati riposano su principii del tutto diversi, considerando in massima il semplice fatto della nascita come

(1) Art. 5° Code civil néerlandais.

di per sè stesso indifferente ad attribuire la cittadinanza, e ritenendo invece, che essa debba essere determinata tenendo conto dei rapporti di famiglia. Esse ammettono in generale, che, dovendo la cittadinanza essere considerata come un beneficio concesso dalla legge e liberamente accettato dall'individuo, non può essere imposta al medesimo contro la sua volontà espressa o tacita.

Coteste leggi attribuiscono quindi ai figli nati da legittimo matrimonio la cittadinanza del padre, in qualunque luogo sia avvenuta la nascita di essi, e senza preoccuparsi se il padre abbia il domicilio nello Stato o all'estero. Questo principio deriva da quello ammesso nel Diritto Romano, che attribuiva al figlio nato da legittimo matrimonio la condizione giuridica del padre. *Cum legitimae nuptiae factae sunt patrem liberi sequuntur* (1). A riguardo poi dei figli nati illegittimamente le leggi, che seguono i precetti del Diritto Romano, attribuiscono al figlio naturale la cittadinanza stessa della madre (2), altre invece ammettono questa regola nella ipotesi che il figlio sia stato riconosciuto dalla madre, e qualora egli sia stato riconosciuto dal padre, gli attribuiscono di questi la cittadinanza.

326. Una differenza non meno notabile si trova tra le leggi dei varii paesi a riguardo della perdita della cittadinanza originaria e dell'acquisto di quella d'elezione. Negli Stati, nei quali prevalsero i principii feudali, fu ammessa la regola, che la cittadinanza una volta acquistata legasse la persona in modo permanente al sovrano territoriale in guisa tale che uno non potesse scegliere di divenire cittadino di un altro Stato senza averne prima ottenuta l'autorizzazione dal Governo dello Stato, del quale fosse cittadino (3).

Negli altri Stati invece nei quali sono prevalsi i principii del diritto moderno, che considera la cittadinanza come un rapporto libero

---

(1) L. 19, Dig. *De statu hominum.*

(2) *Vulgo quaesitus matrem sequitur? Lex naturae haec ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.*

(3) Così era secondo la legge austriaca del 24 marzo 1832 e secondo l'art. 5° della legge del 1869 vigente nella Turchia.

È meritevole di essere notata la legge del 3 luglio 1876, vigente nel Cantone di Ginevra prima di quella federale sull'acquisto e sulla perdita

e volontario si ammette conseguentemente che ogni cittadino possa rinunciarvi e acquistarne un'altra. Questo concetto è prevalso nel Diritto Italiano, ed è derivato dal Diritto Romano. *Ne quis invitus in civitate maneat.* Il nostro legislatore ha sancito come regola, che uno possa perdere la cittadinanza italiana rinunciandovi con dichiarazione fatta davanti all'ufficiale dello Stato Civile del proprio domicilio, e trasferendo la residenza in paese estero, e, siccome l'efficacia di cotesta rinuncia non è subordinata alla condizione che l'italiano abbia acquistata una cittadinanza straniera, così può parere, che nel sistema sancito dal legislatore italiano si possa verificare il caso di uno, che non abbia una cittadinanza determinata a cagione dell'aver egli perduta la cittadinanza nostra mediante la renuncia, senza che abbia acquistata la cittadinanza straniera.

327. Le conseguenze giuridiche, che derivano dall'acquisto e dalla perdita della cittadinanza a riguardo delle persone alle quali la legge attribuisce in massima la cittadinanza stessa del padre (come sono i figli minori), o del marito rispetto alla donna maritata, sono pure diversamente regolate dalle leggi dei diversi Stati. Infatti le une ammettono che il figlio minore segua la condizione del padre in guisa tale, che esso pure diventi straniero, se il padre perda la cittadinanza d'origine. Le altre invece considerano lo stato di cittadinanza come un diritto personale appartenente al figlio indipendentemente dai rapporti di famiglia, e del quale egli soltanto possa disporre nei modi e nelle forme prescritti dalle leggi, quando abbia la capacità legale per poterlo fare. Dalla quale diversità pure ne consegue, che il figlio minore si possa trovare nella condizione di avere perduta la cittadinanza ori-

---

della cittadinanza. Siccome, disse il Tribunale civile di Ginevra nella sua sentenza del 28 dicembre 1879, « il était de principe en droit public genevois, que la qualité de genevois, fixée sur la tête d'un enfant au moment de sa naissance était indélébile; qu'elle ne pouvait se perdre ni par l'acquisition d'une nationalité étrangère, ni même par la renonciation qu'aurait déclaré vouloir y faire le citoyen qu'en était nanti. Il était même absolument interdit au gouvernement et aux autorités de Genève, de recevoir une telle renonciation (*Constitution genev. de 1794*, *révisée en 1796*, tit. II, art. 5); LEHR, *Revue de droit intern.*, tom. XII, p. 312.

ginaria a norma della sua legge personale (supposto ad esempio che questa in conformità di ciò che dispone in proposito la legge italiana sancisse la regola che il figlio minore di colui che avesse perduta la cittadinanza divenisse straniero), e di non avere acquistata la cittadinanza straniera (supposto che, a norma della legge della patria di elezione del padre, il figlio minore dello straniero, che avesse acquistato la cittadinanza, non l'acquistasse esso pure di pieno diritto, siccome avviene ad esempio a norma della legge francese del 7 febbraio 1851, articolo 2).

328. Nei casi da noi mentovati, e negli altri ad essi somiglianti, nei quali si potrebbe verificare, che un individuo si trovasse in condizione da poter essere reputato nello stesso tempo cittadino di diversi Stati, o mancante del tutto di qual si fosse cittadinanza, e che un tribunale fosse chiamato a decidere circa la cittadinanza di lui, sarebbe indispensabile di determinare la legge a norma della quale si dovesse decidere, quale fosse la cittadinanza, che dovrebbe essergli attribuita.

329. Certamente se la questione fosse sottoposta ai tribunali dello Stato, di cui la persona o gl'interessati adducessero di essere cittadini, essi non la potrebbero risolvere che in conformità della legge del loro paese, essendo che nessun' altra legge, tranne quella sancita dal sovrano territoriale, possa essere imperativa per i giudici, quando si tratti di decidere se uno debba essere reputato cittadino dello Stato, sul quale codesto sovrano imperi. Conseguentemente, se uno ad esempio avesse acquistato la cittadinanza italiana in forza di quanto dispone la legge nostra, ma senza avere perduta quella originaria secondo la legge dello Stato, di cui fosse prima cittadino, i magistrati italiani, dovendo decidere a norma delle disposizioni sancite dal nostro legislatore, chi fosse cittadino italiano, e chi non potesse esserlo, non potrebbero fare a meno di ritenere cittadino colui, che si trovasse nelle condizioni contemplate dal legislatore nostro per essere reputato tale. Siccome però codesta persona in virtù della legge della sua patria di origine continuerebbe ad essere reputato cittadino di quel paese, così, se la questione della cittadinanza si dovesse discutere nella sua patria di origine, i tribunali di essa dovrebbero a ragione risolverla a norma delle leggi ivi vigenti.

L'interessato alla sua volta non potrebbe invocare le leggi del nostro paese, onde disconoscere nella sua patria di origine l'impero di quelle relative alla cittadinanza ed in codesta sua patria vigenti, e sostenere dinanzi ai tribunali della medesima, che avendo a norma della legge italiana acquistata la cittadinanza nostra non dovrebbe essere più reputato cittadino della sua patria d'origine, o viceversa dedurre dinanzi ai tribunali nostri, che, essendo tuttora cittadino della sua patria d'origine a norma della legge ivi vigente, non potrebbe essere qualificato italiano, non ostante che tutte le condizioni prescritte dalla legge nostra per l'acquisto della cittadinanza di pieno diritto si fossero rispetto a lui verificate.

Le sue pretese si dovrebbero ritenere infondate tanto nell'un caso quanto nell' altro, imperocchè in massima non si possa ammettere, che l'applicazione delle leggi di uno Stato, relative alla cittadinanza, possa essere modificata per alcuna considerazione di legge straniera. Laonde dovendo essere deciso a norma soltanto della legge di ciascuno Stato chi sia, e chi non sia cittadino, incombe ai giudici di rigettare come infondate le istanze di colui, che, dovendo essere qualificato cittadino a seconda della legge dello Stato, accampi la pretesa di essere qualificato straniero.

Tale soluzione si può considerare secondo i principii del diritto rispetto a coloro soltanto che mediante un fatto volontario abbiano acquistata la cittadinanza in uno Stato, ma in pratica non si può dire diversamente, quando si tratti di applicare la massima a coloro che senza volontà espressa o presunta debbano essere qualificati cittadini a norma della legge dello Stato. Supponiamo ad esempio che in virtù della legge territoriale sia qualificato cittadino chiunque sia nato nel territorio dello Stato, benchè figlio di padre straniero, e che accada, che, assoggettando codesto Stato al servizio militare tutti i cittadini, si voglia applicare tale disposizione ai figli di Francesi o d'Italiani, i quali pel solo fatto d'essere nati nel territorio di quello Stato siano qualificati cittadini. Non potendo essere contestato, che l'obbligo del servizio militare debba essere imposto senza distinzione a tutti i cittadini, e non potendo neanche essere messo in dubbio che debba essere deciso a norma della legge dello Stato, se uno debba essere o no reputato cit-

tadino, ne consegue, che applicando la nostra massima i magistrati di quel paese debbano qualificare cittadini i figli degli Italiani o dei Francesi nati nel territorio, e ritenerli conseguentemente soggetti al servizio militare. Ne si può sostenere che il Governo italiano o il francese avrebbero a rigore diritto d'impedire la necessaria conseguenza della retta applicazione della legge, essendochè nessuno Stato possa attribuirsi il diritto di opporsi, a che siano applicate le regole stabilite da un altro Stato in materia di acquisto di cittadinanza, nè possa pretendere che le leggi proprie, in virtù delle quali è cittadino il figlio nato fuori del territorio dello Stato da padre cittadino, siano efficaci nell'altro Stato, ove siano in vigore leggi diverse o contrarie (1).

Stando nello stesso ordine d'idee deve pure essere ammesso, che se un francese avesse ottenuta la cittadinanza italiana e si fosse stabilito nel regno con la sua famiglia, la moglie e i figli minori di lui dovrebbero essere reputati Italiani a norma di quanto è disposto nell'art. 10 ultimo capoverso del nostro Codice civile. Conseguentemente se dinanzi ai tribunali italiani fosse sollevata la questione della cittadinanza del figlio minore onde determinare la legge personale del medesimo, essi dovrebbero ritenerlo italiano e soggetto quindi alla legge nostra per tutte le questioni di stato personale, non ostante che

(1) Esaminando la quistione sotto di un punto di vista molto largo si può con ragione sostenere, che, siccome ogni Stato è tenuto a mettere la legislazione propria in armonia coi principii del diritto internazionale, e siccome secondo questi, essendo la cittadinanza un diritto dell'uomo, di cui può disporre la persona soltanto, cui esso appartiene, nessuno può essere costretto contro la sua volontà espressa o presunta a perdere la cittadinanza originaria, così il Governo della patria di origine può esigere che la cittadinanza straniera non sia imposta a coloro che siano cittadini dello Stato, benchè siano nati all'estero, e potrebbe impedire, che fossero assoggettati al servizio militare. Questo però può legittimare soltanto l'azione diplomatica onde ottenere dal Governo straniero che modifichi le proprie leggi o ne sospenda l'applicazione, ma se questo non fosse fatto, non potrebbe un Governo ingerirsi della retta applicazione della legge col pretesto di proteggere gl'interessi nazionali, nè i magistrati astenersi dall'applicarla, tuttochè fossero convinti dell'essere la legge gravosa e contraria ai principii razionali. Non spetta al certo ad essi di giudicare della bontà delle leggi, ma incombe invece a loro di decidere secondo le leggi. Vedi la mia opera *Diritto pubblico intern.*, vol. I, §§ 378 e 621.

a norma della legge francese i figli minori di un francese, che acquisti la cittadinanza straniera, continuino ad essere reputati francesi, finchè giunti alla maggiore età non dichiarino di volere seguire la condizione del padre.

330. Ora dobbiamo esaminare il caso che la questione della duplice cittadinanza sia portata dinanzi ai tribunali di un terzo Stato. In tale circostanza, siccome la persona potrebbe essere reputata cittadino dell'uno e dell'altro Stato a norma della legge dell'uno o dell'altro, e siccome nessuna delle due leggi può essere ritenuta di per sè medesima imperativa rispetto al giudice del terzo Stato chiamato a decidere la controversia, così occorre di stabilire come la cittadinanza debba essere determinata, vale a dire occorre di stabilire nel caso di conflitto di due o più leggi dissimili o contrarie quale sia quella che deve essere preferita.

331. Tutti sono concordi nel riconoscere, che nell'attuale stato di cose, a cagione del diversificare tanto fra loro le leggi relative all'acquisto ed alla perdita della cittadinanza, si verificano inconvenienti veramente gravi, come sarebbero quelli del non poter essere in certi casi attribuita una data cittadinanza con sicurezza di criterii giuridici, o del trovarsi in altri casi la persona cittadino di più Stati, in altri mancante di qualsisia cittadinanza.

La quistione della cittadinanza è invero una quistione di diritto interno, ma siccome poi nei rapporti civili internazionali la condizione giuridica della persona dipende dalla cittadinanza, essendochè dipenda da questa la determinazione della legge personale, così occorre di potere in ogni caso nettamente e sicuramente stabilire, se uno debba essere considerato cittadino di questo o di quello Stato, e l'eliminare ogni dubbiezza intorno a ciò è questione di diritto internazionale, la quale non può essere risoluta che mediante il *consensus gentium*, vale a dire mediante un trattato tra gli Stati, col quale essi stipulino i principii del diritto internazionale relativi a tale materia, facendo cessare la grave perturbazione, che deriva nell'attuale stato di cose dal fare ciascun legislatore alla sua maniera sancendo le regole, che esso stima le più consentanee alle sue vedute politiche e agli interessi del paese, sul quale impera.

Ammettendo pure che qualsivoglia legislatore possa ognora sancire le regole circa l'acquisto o la perdita della cittadinanza, sarà sempre indispensabile, onde risolvere il conflitto tra le leggi dissimili nei rapporti internazionali, di stabilire di comune accordo le norme di diritto internazionale adatte a risolvere o ad eliminare ogni conflitto, al che occorre sempre stipulare mediante trattato i principii relativi a tale materia (1). Mancando nell'attuale stato di cose tale trattato i tribunali dei terzi Stati chiamati a decidere circa la cittadinanza di una data persona ed a risolvere i conflitti fra le leggi da cui risulti la duplicità o la mancanza di cittadinanza, non possono fare altrimenti, che attenersi ai principii del diritto internazionale, nella stessa guisa che debbono praticare in ogni altro caso nel quale, a cagione della mancanza di una norma di diritto positivo per decidere, devono riferirsi ai principii generali del diritto.

332. Ed ora passiamo ad esporre come a nostro modo di vedere si debba risolvere la questione della cittadinanza.

Lo *status civitatis* è uno dei diritti personalissimo dell'uomo, ed esso gli spetta di fronte a tutti gli Stati dell'Universo, laonde deve essere ritenuto come massima, che a ciascuna persona sia dato di appartenere liberamente a questo o a quel corpo politico; e che conseguentemente nessun sovrano possa pretendere d'imporre la cittadinanza all'uomo contro la sua manifesta o presunta volontà o impedire a coloro che l'abbiano già acquistata di rinunziarvi liberamente e sceglierne un'altra.

Ammettendo questa massima non si può giustificare una legge, la quale imponga agl'individui la cittadinanza contro il loro beneplacito espresso o presunto, imperocchè essa conduce a disconoscere uno dei diritti personali dell'uomo. Deve quindi essere considerata in oppo–

(1) Vedi la mia opera: *Diritto internazionale pubblico*, § 661 e seguenti; Brocher, *Droit international privé* (chap. III, p. 165) e *Revue de droit international* (année 1873, p. 402); Westlake, *ivi* (1869, p. 102); Bluntschli, *ivi* (1870, p. 197), e le proposte dell'Istituto di diritto internazionale nell'*Annuaire* del medesimo, e Catellani, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi* (vedi parte 1ª, cap. v).

sizione ai generali principii del diritto una legge, che imponga la cittadinanza a tutti coloro che siano nati nel territorio dello Stato (1). Non si può sostenere, che una tale facoltà sia da ritenersi compresa nel *summum jus* spettante a ciascun sovrano sul territorio soggetto al suo impero. Così la pensò veramente la Corte di Riom, la quale disse: « Ce serait méconnaître le droit de souveraineté appartenant à chaque État que de prétendre qu'un État ne puisse déférer à un étranger la qualité de régnicole sans le consentement ou la volonté de celui auquel une pareille qualité est déférée » (2). Cotesto concetto si poteva conciliare coi principii prevalenti nel medio evo nei dominii costituiti a feudo, principii i quali condussero a fare considerare la sudditanza come un rapporto geografico e territoriale, e a fare reputare suddito o non suddito ognuno, a seconda che viveva dentro o fuori delle terre soggette all'impero del signore, ma sarebbe una vera anomalia il tentare di conciliare questo concetto coi principii del diritto moderno.

Si deve parimente considerare in opposizione ai generali principii del diritto la legge, che tolga all'uomo la facoltà di rinunciare liberamente alla cittadinanza acquistata e di sceglierne un'altra di sua elezione, allorchè abbia la capacità giuridica.

Bisogna quindi ammettere come regole di diritto internazionale le seguenti:

a) Nessuno deve essere dichiarato cittadino di uno Stato contro la sua volontà espressa o presunta;

b) Il figlio legittimo acquista colla nascita la cittadinanza del padre;

c) Il figlio illegittimo acquista la cittadinanza del padre quando la paternità sia legalmente constatata, altrimenti segue la con-

---

(1) Non si può dire lo stesso delle leggi che attribuiscono al figlio la cittadinanza del padre, imperocchè tenendo conto dei rapporti di consanguineità e delle naturali tendenze alimentate dagli affetti di famiglia, si ha ben ragione di presumere, che il figlio voglia seguire la condizione del padre, ed avere con questo comune la patria.

(2) Cour R. de Riom, 7 aprile 1885 (Onslow c. Onslow) *Journal du Palais* (1835).

dizione della madre sempre che la maternità sia parimente constatata legalmente;

d) Quando non siano legalmente constatate nè la paternità nè la maternità il figlio sarà reputato cittadino dello Stato ove sia nato;

e) Ogni individuo che abbia la capacità giuridica per esercitare i diritti civili può liberamente scegliere lo Stato al quale vuole appartenere, e può dichiarare di volere mutare la cittadinanza acquistata, ed acquistarne una diversa, purchè però tale dichiarazione sia fatta in buona fede, sia effettiva, e manifestata con le forme e sotto le condizioni stabilite dalla legge dello Stato, di cui la persona vuole acquistare la cittadinanza;

Non si può ritenere in opposizione ai principii del diritto internazionale una legge che provveda ad impedire l'espatriazione effettuata in mala fede.

333. Il principio che attribuisce al figlio la cittadinanza del padre è derivato dalla legislazione romana (1), e riposa sulle naturali tendenze degli individui, le quali fanno presumere in ciascuno la volontà di essere cittadino della stessa patria del genitore. L'unità e l'omogeneità della vita, degli affetti, e dei sentimenti della famiglia rendono naturale tale presunzione, fondata sui vincoli del sangue, e più razionale al certo di quella che attribuisce al figlio la cittadinanza dello Stato in cui sia nato, *jure territorii*.

334. A riguardo del figlio naturale è più ragionevole l'ammettere, che esso debba seguire la condizione del padre, supposto che la paternità sia legalmente constatata (a differenza di quello che avveniva secondo il diritto romano che disponeva dovere il figlio seguire la condizione della madre (2)), perchè i rapporti che derivano dalla paternità naturale hanno subito un'importante trasformazione secondo i principii prevalsi nel diritto moderno ispirati da concetti ben diversi

---

(1) *Cum legitimae nuptiae factae sunt patrem liberi sequuntur*, (L. 19, Dig. *De stat. homin.*).

(2) *Vulgo quaesitus, matrem sequitur ivi lex naturae haec est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur* (L. 24, ivi).

da quelli prevalsi nel mondo romano. Il connubio illecito presso i Romani non produceva tra padre e figlio nessun vincolo giuridico, e nessun rapporto di patria podestà; al contrario nel diritto moderno la paternità naturale legalmente constatata è la sorgente di molti rapporti giuridici tra il padre naturale, e il figlio naturale, rapporti più o meno importanti secondo le leggi dei diversi paesi.

A norma della legge nostra, quantunque al padre naturale non siano attribuiti tutti i diritti di patria podestà, pure gli è concessa la tutela (art. 184), e la facoltà di prestare il consenso pel matrimonio quando il figlio sia da lui riconosciuto (art. 66), ed in caso di dissenso colla madre, che lo abbia pure riconosciuto, è dato al consenso del padre efficacia prevalente (art. 66-63); al figlio poi riconosciuto è attribuito il diritto di assumere il nome del padre, e quello più importante di succedere anche in concorrenza coi figli legittimi.

Il Codice civile francese annette pure al riconoscimento legale importanti conseguenze giuridiche (1).

Posto quindi che la paternità naturale legalmente constatata produca effetti così importanti, è ragionevole di ammettere la presunzione, che il figlio naturale voglia pure seguire la condizione del padre, onde non avere con esso doveri politici diversi, che in certi casi potrebbero venire in collisione, e far sì che si trovasse in contraddizione coi vincoli naturali constatati mediante il riconoscimento.

335. L'applicazione della regola potrebbe dar luogo a qualche difficoltà nel caso che il padre e la madre fossero cittadini di Stati diversi. Potrebbe accadere che la maternità fosse stata legalmente constatata prima della paternità, e che la legge del paese della madre, ammettesse il principio di diritto romano, o, ammettendo pure quello sancito nel Diritto Italiano e nel Diritto Francese, disponesse che il figlio dovesse seguire la condizione della madre, che lo avesse riconosciuto prima del padre, e conseguentemente, a cagione dell'averlo la madre riconosciuto prima del padre straniero, gli fosse stata attribuita la cittadinanza della madre.

Data l'ipotesi che abbiamo fatta potrebbe sorgere il dubbio se

(1) Vedi articoli 383, 148, 158, 757, 765 Cod. civ.

la regola da noi data dovesse valere a far perdere al figlio la cittadinanza della madre, ed a fargli acquistare quella del padre che posteriormente lo avesse riconosciuto.

A noi sembra opportuno di dover fare una distinzione. Se a norma della legge dello Stato ove il figlio fosse nato, e di cui avesse acquistata la cittadinanza in virtù del riconoscimento per parte della madre, fosse disposto, che il figlio naturale dovesse seguire sempre la condizione della madre, in conformità del principio ammesso dal Diritto Romano, il posteriore riconoscimento del padre non dovrebbe valere a fargli perdere *ipso jure* la cittadinanza acquistata e ad attribuirgli quella del padre, tuttochè fosse disposto secondo la legge dello Stato del padre, che il figlio naturale riconosciuto dovesse seguire la condizione del padre. Bisognerebbe invece ammettere, che, siccome egli non potrebbe perdere la cittadinanza acquistata, che a norma della legge dello Stato di cui fosse cittadino, così il riconoscimento per parte del padre straniero non dovrebbe essere sotto questo rispetto efficace. Il figlio dovrebbe quindi conservare la cittadinanza della madre, finchè giunto all'età maggiore non avesse dichiarato di scegliere la cittadinanza del padre.

Se invece a seconda della legge dei due paesi fosse ammesso il principio, che il figlio dovesse seguire la condizione della madre, che lo avesse riconosciuto, solo quando la paternità non fosse stata legalmente constatata, e che constatata che fosse, esso dovesse seguire la condizione del padre, ci sembra più ragionevole il sostenere, che tra gli effetti legali del riconoscimento debba pure annoverarsi quello di produrre il cambiamento di cittadinanza. Non troviamo buona la ragione addotta da alcuni (1), che cioè i cittadini appartengono alla patria, e che per conseguenza non deve essere concesso ad uno

(1) De Chassat, *Des statuts*, n° 221; Duranton. *Droit civil*, t. I, p. 80-83; Dalloz, *Répert.*, v. *Droit civil et politique*, sect. II, art. I. — Questi sostiene che il figlio naturale riconosciuto dalla madre francese deve essere reputato cittadino francese, non ostante che il padre straniero lo abbia posteriormente riconosciuto. « La qualité de français une fois imprimée ne se perd, que par l'un des moyens énoncés dans les articles 17 et 18 du Code Napoléon ».

straniero di diminuirne il numero. I cittadini appartengono alla patria, ma il diritto di citttadinanza, vale a dire quello di appartenere ad una o ad un'altra comunità politica, è un diritto individuale e personale. Dato che l'una e l'altra legge annettano al riconoscimento per parte del padre un'efficacia prevalente a riguardo dei rapporti che si stabiliscono tra esso e il figlio naturale, e tra questi e la madre, sembra più ragionevole, che seguito il riconoscimento per parte del padre il medesimo debba essere prevalente, su quello anteriormente avvenuto da parte della madre, anche per decidere circa la cittadinanza del figlio.

Non si può dire che con ciò si attribuisca ad uno straniero la facoltà di togliere alla patria i cittadini, imperocchè colui, che perde la cittadinanza in conformità delle leggi vigenti, non la perde ad arbitrio di nessuno, ma solo in omaggio dei principii del diritto.

Il figlio del resto potrà sempre riacquistare la cittadinanza della patria della madre, quando ne abbia la capacità civile, e siccome durante l'età minore deve restare sotto la patria podestà o la tutela del padre, così è più ragionevole che di questi abbia la stessa cittadinanza.

336. Quando una persona non sia nata da legittimo matrimonio nè sia stata legalmente constatata la paternità o la maternità naturale, non vi è altro mezzo per determinare la cittadinanza a riguardo suo che di reputarlo cittadino dello Stato in cui sia nato. È di sommo interesse che ciascuno abbia una cittadinanza, e, quando questa non possa essere desunta dalla relazione di filiazione, non vi è altro mezzo che derivarla dal luogo di nascita.

Potrebbe anche accadere, che il luogo della nascita fosse incerto ed indeterminato. Questo si potrebbe verificare rispetto ai trovatelli esposti nei comuni di frontiera o abbandonati da un viaggiatore che viaggiasse in ferrovia. A riguardo di essi bisognerebbe ammettere, che venendo a mancare pure il criterio del luogo di nascita, onde ovviare all'inconveniente della mancanza di cittadinanza, si dovesse tener conto, per determinarla, dei rapporti stabiliti colla sovranità territoriale o col fatto dell'essere stata la persona allevata nel territorio o dell'avere ivi più lungamente soggiornato o dell'essersi ivi stabilita.

Secondo il diritto austriaco è applicata questa massima; in Au-

stria sono infatti austriaci i trovatelli dei quali sia legalmente incerto il luogo di nascita, e la legge bulgara del 1883 sancisce espressamente la stessa massima.

337. A schiarimento dell'ultima regola gioverà notare, che deve essere pure reputato un vero diritto di ciascuna sovranità l'impedire che il cittadino rinunci alla sua cittadinanza originaria coll'intendimento di sottrarsi agli oneri che sono imposti ai cittadini. Uno di questi è quello di adempiere all'obbligo del servizio militare. L'organizzazione dell'esercito riuscirebbe difficile, se a coloro, i quali fossero tenuti al servizio militare, venisse aperta la via di sottrarvisi rinunciando alla cittadinanza. Per tale considerazione si è cercato nelle leggi pubblicate nei diversi paesi di conciliare la libertà di espatriare con la suprema necessità di non compromettere l'organizzazione militare, e, lasciando ad ogni cittadino la facoltà di rinunciare alla cittadinanza, si è in pari tempo sancita la regola, che la perdita della cittadinanza non debba esimere dagli obblighi del servizio militare.

Cotesta restrizione imposta dalla necessità di conciliare i diritti dell'uomo con i supremi interessi dello Stato non si può considerare in opposizione ai principii generali del diritto. Conseguentemente, colui che avesse acquistata la cittadinanza di un paese straniero, non potrebbe invocare l'applicazione delle leggi della sua patria di elezione, onde essere sottratto a quelle della sua patria originaria, che gli imponevano di adempiere agli obblighi verso di essa contratti pria di rompere i legami che alla medesima lo univano (1).

Dobbiamo soltanto osservare che siccome a norma di certe leggi, come diremo in seguito, il minore segue la condizione del padre, e diventa cittadino della patria di elezione di lui, a meno che non di-

---

(1) Vedi per le questioni occorse a proposito dell'obbligo al servizio militare al quale hanno dovuto sottostare nella loro patria d'origine i naturalizzati in America, le discussioni tra il Governo degli Stati Uniti ed i Governi europei in BEACH LAWRENCE, *Commentaire sur les éléments du droit international;* e la mia Nota alla sentenza della Corte di Venezia del 31 maggio 1878, nel *Foro italiano*, anno 1878, p. 750, e la sentenza della Corte di Modena del 2 agosto 1887 nella causa Forni, e la mia nota a codesta sentenza nel *Foro italiano*.

chiari, quando sia giunto all'età maggiore, di volere conservare la sua cittadinanza originaria, e potrebbe conseguentemente trovarsi nella condizione di essere reputato cittadino della patria scelta dal padre, e tenuto quindi a prestare anche quivi il servizio militare, così per ovviare all'inconveniente che esso debba servire nell'armata dell'uno e dell'altro paese sarebbe opportuno che l'obbligo del servizio militare imposto al minore dovesse essere da esso adempiuto dopo che giunto all'età maggiore abbia fatta la dichiarazione dinanzi all'autorità competente per ottare alla cittadinanza che volesse scegliere (1).

338. A riguardo degli effetti della cittadinanza acquistata per elezione rispetto alla moglie ed ai figli minori un disparere notevole si trova tra gli scrittori e tra le leggi di diversi Stati.

In quanto alla moglie si ammette generalmente che essa debba seguire la condizione del marito, vale a dire che col fatto del matrimonio perda la sua cittadinanza originaria ed acquisti quella dell'uomo, cui sia unita in matrimonio. Il principio dell'unità della famiglia sarebbe gravemente scosso, se il marito e la moglie potessero avere una cittadinanza diversa. Intorno a ciò è generale l'accordo e non occorre dilungarci altrimenti. Il disparere nasce quando si tratta di decidere se la donna maritata debba seguire sempre la condizione del marito, in guisa tale che, perdendo esso la sua cittadinanza originaria ed acquistandone un'altra, essa pure debba perderla ed acquistarla.

Tale controversia fu vivamente agitata in Francia quando fu discusso l'art. 214 del Codice Napoleone dinanzi al Consiglio di Stato. Nel progetto primitivo esso conteneva un secondo comma così concepito: « Si le mari voulait quitter le sol de la république, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant

(1) Nel trattato tra l'Italia e la Svizzera, del 22 luglio 1868, si trova stipulato il seguente patto all'art. 4: « Allorchè il figlio di uno svizzero stabilito nel Regno d'Italia vi abbia acquistata la cittadinanza in virtù delle leggi italiane, sarà tenuto all'obbligo del servizio militare se nell'anno dal giorno della maggiorità non avrà ottato dinanzi all'autorità competente per la cittadinanza svizzera, e in ogni caso non sarà chiamato a prestare il servizio militare prima che sia divenuto maggiore ».

résidence ». Questo comma fu poi soppresso, perchè fu osservato che l'obbligo della moglie di seguire il marito dovunque è assoluto, e che non deve subire alcuna restrizione. Però Reynauld de Saint-Jean d'Angely dichiarò in quella circostanza, che quantunque il marito non potesse essere costretto a separarsi dalla moglie, quando dovesse allontanarsi dalla patria, pure non potrebbe avere il diritto di renderla straniera (1).

Non intendiamo discutere la questione, se la moglie che, salvo il caso di separazione deve avere il domicilio del marito, sia obbligata a seguirlo in paese straniero, poichè ciò entra nella materia del diritto civile, e anche intorno a ciò evvi disparere tra i civilisti. A noi sembra, che in massima non si possa sostenere, che all'obbligo della moglie di seguire il marito dovunque non debba essere fatta nessuna eccezione, essa deve certamente molto al marito, ma deve pure molto a sè stessa, e i legami verso il luogo natio, ed i cari congiunti devono essere valutati: laonde ci sembra, che debba essere rimesso al prudente arbitrio dei tribunali di esaminare le circostanze, e decidere se possa essere il caso di autorizzare una separazione volontaria.

Ma lasciando da parte tale questione, e riprendendo a dire di quella della quale dobbiamo ora occuparci, osserviamo, che la teoria sostenuta dai giureconsulti (2), la quale ammette che la donna maritata debba seguire la condizione del marito a riguardo del cambiamento di cittadinanza anche durante il matrimonio, non ci sembra ben fondata in diritto. Essi adducono che la natura del matrimonio non suppone che vi sia divergenza tra il marito e la moglie a riguardo della cittadinanza: che l'indivisibilità e la comunione della vita verrebbero in gran parte a mancare, se il marito e la moglie avessero interessi politici diversi ed opposti e patrie diverse: che la donna unendosi in matrimonio conosce già di essere obbligata a seguire la condizione del marito e di dovere perdere la propria cittadinanza ed acquistare

(1) Locré, *Législat.*, LIV, p. 593, art. 2.

(2) Vedi Proudhon, t. I, p. 452; Mailher De Chassat, n° 193; Fœlix, *Droit intern. privé*, n° 40; *Revue pratique de droit français*, par. M. Varambon, 1859, t. VIII.

quella di lui, che, potendo essa pure supporre che il marito volesse rinunciare alla cittadinanza ed acquistarne un'altra, si deve presumere che abbia acconsentito a seguirlo nella patria da lui scelta (1).

A questi argomenti si può opporre che l'acquisto della cittadinanza è generalmente subordinata ad un fatto volontario e all'adempimento di certe condizioni da parte dell'individuo che vi aspira. Esso implica una specie di contratto tra lo Stato e la persona che liberamente pone il fatto da cui secondo la legge l'acquisto della cittadinanza deriva. Ora, per quanto si voglia considerare estesa l'autorità del marito, non si può ammettere, che esso possa supplire colla volontà sua a quella della moglie, e disporre a piacimento dello stato e della cittadinanza di essa. Quando una donna si marita ad uno straniero il cambiamento di cittadinanza è sempre volontario per parte di essa, perchè sa, che unendosi in matrimonio ad uno straniero perde senz'altro la cittadinanza, e diventa straniera, ed essendo in suo potere di unirsi o no in matrimonio, maritandosi acconsente implicitamente a rinunciare alla propria cittadinanza e ad acquistare quella del marito. Ma quando una donna si sia maritata ad un suo concittadino, o abbia acquistata una data cittadinanza, non può prevedere che il marito possa poi costringerla durante il matrimonio ad una successiva rinuncia di cittadinanza. A qual titolo si può ammettere che dello stato della moglie possa disporre a suo piacimento il marito?

Allorchè nel Consiglio di Stato francese fu discusso l'articolo 19 del Codice civile « une française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari ». Portalis domandò che si aggiungesse una disposizione destinata a salvaguardia dei diritti della donna, il cui marito venisse a perdere la qualità di francese. Questa proposta non fu presa in considerazione, perchè il primo Console osservò, che vi è una grande differenza tra una francese che sposa uno straniero, e una francese, che avendo sposato un francese, segue suo marito, allorchè espatria. La prima rinuncia volontariamente ai suoi diritti di cittadinanza, la seconda non vi rinuncia, e seguendo pure il marito adempie ad un dovere.

---

(1) Varambon, *Revue pratique*, 1859, t. VIII, pag. 50.

L'inconveniente del dualismo nella famiglia rispetto ai sentimenti politici verso due patrie non sarebbe eliminato nel sistema che combattiamo, imperocchè imponendo alla donna la nuova cittadinanza non si arriverebbe a soffocare in essa i sentimenti verso la patria originaria, anzi vi sarebbe da temere che l'essere la donna privata della sua cittadinanza contro la propria volontà influisse ad accrescere l'inconveniente indicato rendendo più vivi i sentimenti di affetto e di simpatia alla patria (1).

339. Le legislazioni dei varii Stati sono diverse. Alcune ammettono che la moglie segua la condizione del marito, anche quando durante il matrimonio esso acquisti una nuova cittadinanza, e perda quella anteriore. Così dispone la legge nostra la quale dice: « la moglie di colui che ha perduta la cittadinanza diventa straniera salvo che abbia continuato a tenere la sua residenza nel Regno (art. 11 Codice civ.) », la moglie dello straniero che ha ottenuta la cittadinanza diventa cittadina, semprechè abbia fissata la sua residenza nel Regno. Con tale disposizione il nostro legislatore in omaggio al concetto di mantenere costantemente l'unità nella famiglia ha attribuito al marito la facoltà di mutare la cittadinanza della moglie indipendentemente dalla volontà di essa. È vero che la perdita e l'acquisto della cittadinanza sono subordinati alla circostanza della residenza, ma non si può dire che questo muti la sostanza delle cose, imperocchè, dovendo la moglie seguire il marito dovunque, e non essendo una giusta causa di separazione personale giudiziaria, che il marito voglia stabilirsi all'estero ed acquistarvi la cittadinanza, perciò non avendo la moglie il diritto di rifiutarsi di seguire il marito in paese straniero, ne segue che il mutare ed il perdere la cittadinanza possa essere un effetto necessario per essa.

Altre leggi dispongono che soltanto l'acquisto della cittadinanza del marito importi che la moglie pure l'acquisti. Così è secondo la

---

(1) Confr. DURANTON, I, 189; VALLETTE, *Sur Proudhon*, I, p. 126; DEMOLOMBE, n° 1, 175; DEMANGEAT, nota al n° 40 di FŒLIX; LEGAT, *Code des étrangers*, pages 54 e 492; BLONDEAU, *Revue de droit français*, 1845, II, p. 14.

legge tedesca del 1° giugno 1870, art. 11; di quella ungherese del 1879: e delle leggi della Russia e della Svezia e di altri paesi.

In altri Stati si ammette invece che il mutamento di cittadinanza del marito non possa produrre l'effetto di modificare la cittadinanza della moglie. Questa è la massima prevalsa in Francia, ove il Codice veramente non dispone su tale argomento, ma che è stata sancita dalla giurisprudenza. La Corte di Aix nella causa Boutros Kassab decise con sentenza del 21 marzo 1882, che la naturalizzazione è personale a quello che l'ottiene, e che non influisce sui diritti dei terzi: che il cambiamento di cittadinanza del marito durante il matrimonio non può modificare la cittadinanza definitivamente acquistata dalla donna col matrimonio (1).

340. Lo stesso disparere si trova nella dottrina e tra le leggi dei diversi paesi a riguardo degli effetti derivanti dall'acquisto o dalla perdita della cittadinanza per parte del padre rispetto al figlio minore.

Alcuni hanno reputato indispensabile onde mantenere l'unità nella famiglia di elevare a regola che il minore debba seguire la condizione del padre, anche quando questi acquisti o perda la cittadinanza. Pisanelli si fece sostenitore di questo concetto quando si trattò di discutere il vigente Codice civile italiano. Avendo egli proposto che la condizione giuridica di tutti i membri della famiglia dovesse essere equiparata, onde stabilire così la eguaglianza tra i figli di uno stesso padre, e la omogeneità ed uniformità dei sentimenti e dei doveri politici tra essi tutti ed i loro genitori, ed essendo prevalso questo concetto nel Codice, così egli giustificò le disposizioni di esso dinanzi al Senato. « L'unità della costituzione della famiglia, egli disse, non consente che tra il padre ed i figli minori esista differenza di cittadinanza. Tale dualismo produrrebbe una grave e funesta alterazione nei rapporti giuridici della famiglia, rallenterebbe quei vincoli che la natura creò e la legge sancisce, e l'autorità del padre come capo della famiglia si troverebbe in balìa di legislazioni diverse. La scissura della famiglia in due parti, la separazione dei figli minori dal padre renderebbe impossibile l'educazione dei figli, ed il loro morale e politico indi-

(1) *Journal de droit intern. privé*, 1882, p. 541.

rizzo importante e nobilissimo cômpito di chi è a capo della società domestica » (1).

Quantunque codesti siano gravi argomenti, si può non pertanto ad essi contrapporre, che la cittadinanza essendo un diritto personale forma parte del patrimonio della persona, e che, dovendo essere considerata come la principale garenzia della condizione giuridica acquisita dal figlio, non può essere tolta ad esso a piacimento del padre, e questo per gravi ragioni d'interesse privato e d'interesse pubblico. Lo stato del figlio al momento della sua nascita è determinato da quello del padre, perchè dovendo essere attribuita ad esso una cittadinanza, e non potendo ammettersi, che questa debba dipendere dal fatto materiale dell'esser nato in questo o in quel territorio, è più consentaneo ai giusti principii di farla dipendere *jure sanguinis*, perchè questo deve reputarsi più conforme alla presunta volontà del figlio. Quando però questi colla nascita ha acquistato la cittadinanza, ciò costituisce per esso un diritto personale, di cui egli solo deve poter disporre, e quando ne abbia la capacità civile. Finchè questo non si avveri, il figlio è sotto la protezione della legge dello Stato di cui è cittadino, e la condizione giuridica, da lui acquisita in virtù di essa, non deve poter essere modificata dal padre a sua insaputa, imperocchè siccome il padre non può validamente alienare a suo arbitrio il patrimonio materiale del figlio, così non deve poter disporre ad arbitrio della cittadinanza, che forma parte del patrimonio morale di esso, e che determina la condizione giuridica di lui, da cui derivano importanti diritti sui beni e sul patrimonio della famiglia. Ammesso in principio che la condizione civile di ciascuno e gli effetti che da essa derivano sul patrimonio debbano essere determinati a norma della legge personale, e che questa debba dipendere dalla cittadinanza, ne segue, che la condizione giuridica del figlio, anche per quello che concerne gli effetti che da essa derivano nelle relazioni di lui col padre, può essere peggiorata, se il padre mutando la sua cittadinanza mutasse *ipso jure* quella del figlio, e mutasse conseguentemente la legge regolatrice della condi-

(1) Vedi il discorso pronunciato al Senato quando fu discusso il 1° libro del Codice civile, tornata del 15 luglio 1863.

zione civile del figlio e dei loro rispettivi rapporti. Potrebbe ad esempio accadere che in conseguenza di tale mutamento potesse rimanere prolungato il periodo della minorità estendendolo sino a 24 anni, se così disponesse la legge della patria di elezione del padre, mentre che secondo quella della cittadinanza originaria il figlio sarebbe divenuto maggiore a 21 anno. Codesto peggioramento di condizione giuridica sarebbe tanto più oneroso a riguardo del minore, in quanto sarebbe imposto ad esso necessariamente e contro la sua volontà presunta.

Così potrebbe parimente accadere, che dovendo essere regolato colla nuova legge l'esercizio della patria podestà, ed i diritti accessorii che da essa derivano, venisse ad essere peggiorata la condizione del minore, e attribuito per esempio al padre l'usufrutto sui beni del figlio, o concessi al medesimo diritti più larghi a riguardo dell'amministrazione di codesti beni, per tacere di altre conseguenze, che potrebbero verificarsi a danno del figlio in caso di successione.

L'alto concetto dell'unità della famiglia non si potrebbe poi considerare ridotto al nulla, da che i figli nati nell'antica patria conservassero la loro cittadinanza originaria durante la minorennità, perciocchè la famiglia non si possa ritenere annientata da che i figli che siano maggiori, abbiano conservata come è di loro diritto la cittadinanza originaria.

Giova inoltre considerare, che l'acquisto della nuova cittadinanza presuppone sempre un fatto volontario da parte della persona, e che implica un quasi contratto onde attuare un concetto non meno alto quello cioè *ne quis invitus in civitate maneat*. Ora, se il minore non ha la capacità richiesta onde formare un contratto tanto importante sotto il punto di vista dell'interesse pubblico, come ammettere che il padre possa formarlo per esso?

341. Se vi fosse del resto uniformità a questo riguardo fra tutte le leggi, il sistema potrebbe forse essere giustificato. Nel fatto invece avviene, che alcune leggi ammettono il principio sancito nella legislazione italiana, altre, considerando la cittadinanza un diritto personale del minore, dispongono, che egli debba conservare la cittadinanza primiera, finchè giunto alla maggiorità non abbia dichiarato nei modi e

nelle forme prescritte dalla legge di volere seguire la condizione del padre. Così accade ad esempio in Francia, ove la giurisprudenza avea già consacrata la massima, che, la cittadinanza, essendo un diritto personale e non trasmissibile, l'acquisto e la perdita di essa doveano essere limitati alla persona (1). La quale massima è stata poi ritenuta più sicuramente, e costantemente confermata, dopo che fu pubblicata la legge del 7 febbraio 1851, la quale stabilisce art. 2 che i figli minori dello straniero naturalizzato in Francia non acquistano di pieno diritto la qualità di Francesi in forza della naturalizzazione del padre, ma giunti alla maggiorità possono acquistare tale qualità osservando quanto dispone l'art 9 del Codice civile.

Ora da cotesta diversità di leggi deriva, che dall'essere il minore considerato tuttora cittadino della sua patria originaria secondo la legge di questa, e cittadino della patria di elezione del padre, egli viene così a trovarsi nella condizione di una persona che abbia duplice cittadinanza.

Lo stesso principio oltre di essere stato ammesso in Francia è stato pure ammesso in altri paesi. La legge belga del 1835 sancisce infatti la stessa massima a riguardo dei figli minori, e poichè in tale paese è ammesso, che la naturalizzazione sia individuale, e che i figli minori non acquistino la cittadinanza del padre, così può accadere, che quelli di un italiano, che si sia fatto naturalizzare nel Belgio siano dichiarati stranieri di fronte alla legge nostra senza essere però riconosciuti come belgi secondo la legge di quel paese. Anzi ivi la giurisprudenza ha applicato tanto rigorosamente il principio sancito dalla legge, che quella Corte di cassazione con sua sentenza del 9 luglio 1883 decise che il figlio di un naturalizzato belga, e concepito prima della naturalizzazione del padre dovesse essere reputato straniero, quantunque nato nel Belgio, e ciò in virtù dei due principii i quali ammettono che il

---

(1) Grenoble, 16 dicembre 1858; Paris, 23 giugno 1859; Cassaz., 5 maggio 1862; Confr. DURANTON, I, 120; MAGNIN, *Minorité*, I, 3; RICHELOT, I, 71; LEGAT, p. 11; AUBRY e RAU, *Sur Zaccaria*, § 72; DEMOLOMBE, 175; DEMANTE, t. I, n° 56 *bis;* DALLOZ, *Jurisprudence générale*, v° *Droit civil*, n° 114.

padre non possa disporre della cittadinanza del figlio, e che il *nasciturus pro jam nato habetur quando de ejus comodo agitur* (1).

Anche secondo la legge russa e quella svedese, nelle quali il principio è ammesso a riguardo della moglie non lo si ammette a riguardo del minore. A questi è concesso in virtù della legge russa di reclamare la cittadinanza del padre nell'anno della maggiorità, se sieno nati o sieno stati allevati in quell'impero; a seconda poi della legge svedese non è concesso ad essi l'acquisto della cittadinanza, se non mediante la naturalizzazione così come per qualunque altro straniero che volesse acquistarla.

Nell'ex-regno di Napoli la cittadinanza acquistata dallo straniero era considerata come individuale. A norma infatti del real rescritto del 5 luglio 1842 essendo stato sollevato il dubbio se il figlio minore di un naturalizzato avesse dovuto essere ritenuto esso pure naturalizzato, e obbligato al servizio militare fu così risoluto: « S. M. ha considerato che secondo i principii delle vigenti leggi civili, il figlio ha la nazionalità che al padre si appartiene nel momento della sua nascita, *che la nazionalità è un diritto inerente alla persona indipendente dalle relazioni di famiglia*, e che di tale diritto niun altro che la persona stessa può disporre e quando ne abbia la capacità civile. E perciò uniformemente allo avviso della consulta generale del regno si è degnata dichiarare che il figlio nato nel regno da uno straniero, è straniero e *che la posteriore naturalizzazione del padre non tragge seco la necessaria naturalizzazione del figlio*, il quale continua a rimanere straniero, finchè nei modi e nelle forme prescritte dalle leggi e dai vigenti regolamenti non consegua la naturalizzazione ».

342. Dalle quali cose tutte chiaro apparisce, che il nobile intendimento di fissare saldamente il concetto dell'unità della famiglia non giustifica l'attuale stato di cose, dal quale a cagione del fare ciascun legislatore alla sua maniera derivano inconvenienti tanto gravi. Sarebbe certamente utile se gli Stati si accordassero nello stabilire i principii, i quali potessero servire ad eliminare codesti inconvenienti. Fino a che non accada che tale accordo sia attuato, sarà sempre opportuno

(1) *Pasicrisie Belge*, 1883, I, p. 304.

che i legislatori, i quali intendono di estendere gli effetti della cittadinanza acquistata a tutti i membri della famiglia, sanciscano almeno la riserva, che troviamo nell'atto del 1881 a riguardo della naturalizzazione nel Canadà. Codesto atto così dispone all'art. 28 « quando un padre vedovo o una madre vedova abbia perduta vigente il presente atto, la qualità di cittadino britannico, i suoi figli se andranno a risiedere durante la loro minorennità in paese straniero, ove sia naturalizzato il loro padre o la loro madre, *e se essi saranno naturalizzati in conformità delle leggi di questo paese*, saranno considerati nel Canadà come cittadini del paese a cui apparterrà il loro padre, e la loro madre, e non già come cittadini britannici ». La riserva fatta in questa disposizione elimina per lo meno l'inconveniente della duplicità di cittadinanza e della mancanza di essa.

343. Qualora a cagione del non esistere un trattato ed a cagione della diversità delle leggi fosse il caso di risolvere un conflitto fra di esse riteniamo, che la regola la più conforme al principii del diritto dovesse essere reputata quella la quale ammette, che la cittadinanza acquisita sia un diritto personale, che essa appartenga alla persona, e che sia indipendente dai rapporti di famiglia, e che conseguentemente la facoltà di disporre di essa non possa essere attribuita ad altri che alla persona stessa, quando ne abbia la capacità (1). Opiniamo quindi che debba sempre essere preferita nel caso di conflitto la legge che mira ad assicurare vie maggiormente il rispetto di tale regola.

344. E qui cade in acconcio notare che se fosse accettata la massima, che il mutamento di cittadinanza effettuato per parte del padre non potesse essere efficace a mutare la cittadinanza originaria del figlio, potrebbe nascere una delicata questione a riguardo della cittadinanza di questi, supposto che il cangiamento di cittadinanza del padre venisse a verificarsi nel momento tra il concepimento e la nascita del figlio.

---

(1) Anche presso i Romani i peregrini che ottenevano la cittadinanza l'acquistavano per essi solamente, a meno che non avessero domandato l'*jus civitatis* per essi e per la loro famiglia. — GAII, *Istit.*, I, § 93 e seg.

Codesta questione è stata sollevata e discussa dinanzi ai tribunali belgi, e quella Corte di cassazione, considerando che il padre non può disporre della cittadinanza del figlio, e che questi ha diritto d'invocare l'adagio *nasciturus pro nato habetur quando de ejus commodo agitur*, decise, che il figlio poteva addurre che a lui dovesse essere attribuita la cittadinanza che aveva suo padre nel momento in cui esso figlio fu concepito, e che conseguentemente nella sua qualità di straniero non poteva essere tenuto a prestare il servizio militare nel Belgio, perchè la legge belga impone tale obbligo ai cittadini soltanto (1).

Codesta decisione conduce ad ammettere che la cittadinanza deve reputarsi un diritto personale dell'individuo fin dal momento del suo concepimento, e non si può dire assolutamente, che il principio posto dalla Corte sia sbagliato.

Dobbiamo non pertanto osservare, che siccome la cittadinanza è uno dei diritti personali, che fanno parte dello stato pubblico dell'individuo, e il momento del concepimento è di difficile prova, così non ci sembra opportuno applicare l'adagio anche nelle questioni che si riferiscono alla cittadinanza. Riteniamo invece che quando il figlio nasce da chi sia nell'attualità cittadino di suo Stato, debba reputarsi senz'altro cittadino del medesimo Stato.

Alle norme esposte sino a questo punto onde eliminare l'inconveniente del non esistere una cittadinanza determinata, e dello esistere di una cittadinanza duplice, bisogna aggiungere le seguenti:

a) Ciascuno deve avere una cittadinanza e non può averne legalmente che una sola;

b) La cittadinanza del luogo d'origine si deve presumere sempre conservata finchè uno non ne abbia acquistata un'altra:

c) Per l'acquisto della cittadinanza nuova occorre un fatto volontario e libero da parte della persona, che sia capace, e che codesto fatto implichi o la rinuncia espressa, o che sia di per sè stesso idoneo a far presumere la rinuncia tacita della cittadinanza primitiva;

d) Quando in conformità dei principii stabiliti una nuova cit-

---

(1) Cass. Belgique, 9 juillet 1883, *Pasicrisie*, 1883, pag. 304.

tadinanza sia stata acquistata legalmente, si deve ritenere perduta quella primiera per quanto concerne i rapporti che ne possono derivare nel diritto internazionale privato, quantunque a seconda della legge del paese, del quale la persona era prima cittadino, essa abbia potuto tuttora conservare la cittadinanza primitiva.

345. Il fondamento di tali regole si è quello, che la cittadinanza è un gran beneficio: laonde mancando un fatto certo da cui possa essere presunto, che uno abbia rinunziato ad essa, bisogna ammettere in massima la conservazione di quella del paese d'origine. Conseguentemente, finchè la persona, che l'abbia acquistata, non abbia espletato per parte sua quello, che è richiesto secondo la legge di un altro paese, onde essere reputata cittadino di questo, essa si deve considerare tuttora cittadino dello Stato, a cui essa originariamente apparteneva.

Questo ci sembra più conforme al rispetto dovuto alla personalità dell'uomo, poichè quantunque non possa essere contestato il diritto della sovranità di dichiarare per legge chi debba essere e chi non debba essere reputato cittadino, pure, siccome a seconda del diritto moderno i legami, che uniscono ciascuna persona alla sua patria e alla sua propria comunità politica, sono considerati nel libero potere della persona stessa, e siccome la facoltà di conservare o di rompere tali legami è un vero diritto dell'uomo, così il non avere una persona fatto quanto occorreva per acquistare una nuova cittadinanza deve essere considerato come una valida prova della sua volontà, non bene fissata del tutto, in quanto al rompere completamente i legami che la univano al suo paese d'origine.

In tali circostanze, se pure si verificasse che secondo la legge interna uno venisse a trovarsi nella condizione di avere perduta la cittadinanza senza averne acquistata un'altra, siccome di fronte al diritto internazionale bisogna sempre eliminare la condizione di colui, che manchi di una cittadinanza determinata, così deve ritenersi più consentaneo ai giusti principii il considerare quella tale persona cittadino tuttora del suo paese d'origine (finchè non divenga cittadino di un altro paese), durante il periodo che intercede tra la perdita della cittadinanza d'origine e l'acquisto della nuova.

Questa regola ci sembra la più conforme ai principii razionali anche per la considerazione, che dovendosi determinare la condizione giuridica di ciascuna persona a norma della legge dello Stato, di cui è cittadino, è naturale, che quando non si abbia una certa e determinata ragione per sostituire alla legge della patria d'origine quella della patria di elezione, si debba ritenere la persona soggetta alla legge che cominciò *ab initio* a fissare la sua condizione giuridica ed il suo stato.

346. Per quello che concerne la necessità di un fatto volontario e libero da parte della persona onde fare presumere la rinuncia e l'elezione della cittadinanza osserviamo, che questo ci pare indispensabile secondo i principii generali del diritto sempre per la considerazione che la cittadinanza deve essere reputata un diritto individuale e personale. Si può concedere che non sia indispensabile il fatto volontario esplicito come quello della naturalizzazione vera e propria, ma non si può fare a meno di ammettere che un fatto volontario qualsiasi per far presumere la rinuncia e l'elezione debba ognora essere reputato indispensabile onde attuare il diritto di elezione. A ciò può essere bastevole, che un fatto dichiarato dalla legge idoneo all'acquisto della cittadinanza (come sarebbe ad esempio l'arrolarsi nell'armata, l'accettare un impiego) fosse volontariamente posto dalla persona. Quando invece si tratti non di cittadinanza derivante da fatto volontario dell'uomo, ma imposta per mera disposizione di legge, la conservazione della patria naturale deve presumersi e si deve escludere ogni idea di rinuncia alla medesima e di acquisto della nuova cittadinanza.

347. Supponiamo ad esempio che da una famiglia francese stabilita per ragioni di commercio in Venezuela nasca un figlio. Secondo la legge della patria del padre essendo attribuita al figlio, benchè nato in paese straniero, la cittadinanza francese, esso dovrebbe essere reputato francese finchè giunto all'età maggiore non avesse rinunciato a codesta cittadinanza dichiarando di voler essere straniero. Tale figlio però per esser nato nel territorio di quella republica sarebbe dichiarato cittadino venezuelese a norma delle leggi ivi vigenti. Ora se i tribunali italiani ad esempio dovessero decidere circa la cittadinanza lo stato e la condizione giuridica del medesimo dovrebbero ri-

tenerlo francese piuttosto che venezuelese, imperocchè il cambiamento forzato della cittadinanza non può valere che rispetto allo Stato che abbia così disposto con legge, ma nei rapporti internazionali a cagione del doversi ritenere contro i principii generali del diritto l'imporre la cittadinanza nuova e togliere quella originaria ad una persona senza che vi sia un fatto volontario da parte sua che faccia presumere la rinuncia e l'elezione, dovrebbe ritenersi inefficace la legge venezuelese ad operare la perdita e l'acquisto. Conseguentemente i tribunali nostri non potrebbero respingere l'istanza di chi avesse interesse a sostenere, che per esser codesto figlio di pieno diritto francese secondo la legge francese, e per non aver fatto nessun atto volontario per far presumere l'avere egli rinunciato alla cittadinanza originaria si dovrebbe tuttora reputare francese, e che perciò il suo statuto personale dovendo essere quello della sua patria esso si dovrebbe ritenere soggetto al Codice civile francese e non alla legge di Venezuela.

Stando nel medesimo ordine d'idee si può sostenere, che il figlio, nato in Francia di padre spagnuolo, il quale ivi pure fosse nato di padre spagnuolo, dovrebbe essere reputato cittadino spagnuolo e non francese, perchè a norma della legge della patria del padre, essendo attribuita al figlio, benchè nato in paese straniero, la stessa cittadinanza del padre, il figlio nacque di pieno diritto cittadino della Spagna. S'invocherebbe invano per escludere tale istanza la legge francese del 16 dicembre 1874, la quale dispone che l'individuo nato in Francia di padre straniero, che esso pure vi sia nato, è francese, a meno che nell'anno che segue la sua maggiorità non reclami la qualità di straniero. Cotesta legge esercita al certo tutta la sua efficacia in Francia e deve essere applicata senz'altro dai tribunali francesi, ma i tribunali dei terzi Stati, i quali siano chiamati a decidere il conflitto tra cotesta legge e la spagnuola, dovendo risolverlo a norma dei principii del diritto internazionale, dovrebbero ritenere a questi più conforme la legge spagnuola, la quale sancisce la regola di diritto comune, che il figlio nasce dovunque cittadino della stessa patria del padre. La legge francese del 1874 riconfermò, modificandolo soltanto, il principio sancito con la legge del 22-29 gennaio e 7-12 febbraio 1851 che riprodusse in parte le tradizioni dell'antica legislazione la

quale dichiarava francese di pieno diritto ogni individuo nato in Francia (1). Conseguentemente possono valere a riguardo di essa gli stessi argomenti innanzi addotti.

Abbiamo detto nella regola (*d*) stabilita innanzi, che la cittadinanza primiera deve ritenersi perduta, quando secondo i principii del diritto internazionale uno ne abbia legalmente acquistata una nuova.

La regola da noi posta troverebbe la sua applicazione qualora, a norma della legge della patria, la cittadinanza fosse imposta alla persona in modo permanente in guisa tale da rendere inefficace il diritto spettante all'uomo di scegliersi una patria di elezione. Supponiamo, ad esempio, che fosse tuttora in vigore la legge che vigeva nel Cantone di Ginevra prima che fosse promulgata la legge federale del 1886 sull'acquisto e sulla perdita della cittadinanza. Siccome, disse il tribunale civile di Ginevra nella sua sentenza del 28 dicembre 1879 « il était de principe en droit public genevois, que la qualité de genevois, fixée sur la tête d'un enfant au moment de sa naissance, était indélébile: qu'elle ne pouvait se perdre ni par l'acquisition d'une nationalité étrangère, ni même par la renonciation qu'aurait déclaré vouloir y faire le citoyen qu'en était nanti... il était même absolument in-

(1) Prima del 1789 ogni individuo nato in Francia si considerava francese e suddito del re. BACQUET, *Droit d'aubain*, parte IV, cap. XXXII; DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. VI, nº 5. Questo principio fu conservato nelle costituzioni posteriori al 1789. V. *Constitutions*, 1790, 1791, 1793, 1895 e 22 frimaire, an. VIII, articles 2, 3. — Nel Codice civile francese al sistema, che attribuiva la cittadinanza *jure soli*, fu sostituito l'altro che l'attribuisce *jure sanguinis;* però l'antica tradizionale teoria non disparve completamente nel nuovo Codice. Basta volgere l'attenzione alla massima sancita nell'art. 9 che attribuisce a chiunque sia nato in Francia di padre straniero, il diritto di *reclamare* nell'anno dalla maggiorità la qualità di francese. Il legislatore avendo attribuito la facoltà di *réclamer la qualité de français* venne ad ammettere un diritto preesistente alla nazionalità francese in favore del figlio nato in Francia benchè da stranieri di passaggio. Questa fu una transazione con coloro, i quali sostennero vivamente il progetto primitivo fatto dal Consiglio di Stato, che propose di riprodurre nel nuovo Codice l'antico principio che ogni individuo nato in Francia era per ciò solo di pieno diritto francese.

terdit au gouvernement et aux autorités de Genève de recevoir une telle renonciation » (1).

Qualora una tale legge o qualche altra ad essa somigliante vigesse tuttora in qualche paese, non potrebbe al certo ammettersi, che i tribunali dovessero considerarla efficace onde ritenere la cittadinanza originaria conservata in modo permanente, essi dovrebbero invece ritenere la persona cittadino della sua patria di elezione, e considerare la legge di tale paese quale legge personale di lei.

Supponiamo, a maggiore schiarimento, che una donna americana si fosse maritata ad un francese e che si disputasse dinanzi ai tribunali italiani se essa potesse reputarsi tuttora cittadina degli Stati Uniti d'America. A norma della legge francese essa avrebbe acquistata la cittadinanza del marito (art. 12 Cod. civile), ma non si potrebbe parimente sostenere che essa avesse perduta la cittadinanza americana secondo le leggi degli Stati Uniti perchè in esse si trova sanzionato il principio che la straniera che sposi un americano diventa americana, ma non si trova il principio reciproco che l'americana che sposi uno straniero diventa straniera (2). Questa regola è stata invero adottata dalla più recente giurisprudenza, ma non si può sostenere che sia fondata sopra alcun testo di legge.

Ora, se nel caso in parola l'americana volesse dedurre dinanzi ai tribunali nostri, che benchè maritata ad un francese dovesse essere reputata cittadina degli Stati Uniti, e che conseguentemente il suo statuto personale dovesse essere la legge americana, adducendo a sostegno delle sue pretese, che secondo la sua legge nazionale la donna non perde la sua cittadinanza maritandosi ad uno straniero, i tribunali nostri dovrebbero rigettare tale istanza, e ritenere francese cotesta

---

(1) *Constitution genev.* de 1794, revisé en 1796, tit. II, art. 5; LEHR, *Revue de droit intern.*, t. XII, p. 312.

(2) Vedi la legge federale del 1855, che dispone solamente circa la straniera che si mariti ad un americano. Era lo stesso in Inghilterra fino al 1870, nel quale anno fu modificata la legislazione in proposito con lo statuto 7 e 8 *Vittoria*, cap. LXVI; Confr. KELLY, *Des effets du mariage sur la nationalité dans les États Unis d'Amérique* nel *Journ. du droit intern. privé*, 1884, pag. 162.

americana, perchè nel conflitto fra le due leggi dovrebbero applicare a preferenza quella che è più conforme ai principii del diritto internazionale; e secondo questi non si può certamente dubitare che unica debba essere la legge che deve regolare la famiglia, che viene a costituirsi col matrimonio, ed unica la cittadinanza dell'uomo e della donna che si uniscono in matrimonio, essendo ciò indispensabile all'unità ed alla comunità di vita, che si pone in essere col connubio.

348. Tutto quello che abbiamo esposto sino a questo punto ci sembra bastevole per determinare la cittadinanza di ciascuno e risolvere i conflitti tra le leggi, che ne regolano l'acquisto e la perdita. Ora dobbiamo esaminare quali sieno i diritti che derivano dall'acquisto della nuova cittadinanza e dalla perdita della cittadinanza originaria.

Tale questione può essere posta e discussa di fronte alla legge di ciascun Stato, e di fronte al diritto internazionale. Non interessa a noi di discutere la proposta questione sotto il primo punto di vista, imperocchè dovremmo uscire dal campo delle nostre ricerche. In massima bisogna ritenere che si debba decidere a norma della legge di ciascun paese, se gli stranieri, i quali acquistino la cittadinanza, possano godere tutti i diritti civili e politici alla pari di coloro che siano nati di pieno diritto cittadini dello Stato, e se il godimento di cotesti diritti rispetto ad essi debba ammettersi a contare dal giorno soltanto, nel quale sieno state compiute tutte le formalità richieste dalla legge per l'acquisto della cittadinanza, in guisa tale da negare qualunque effetto retroattivo alla cittadinanza definitivamente acquistata.

Il legislatore nostro ha sancito la massima nell'art. 15 del Codice civile, il quale dispone, che l'acquisto od il riacquisto della cittadinanza non ha effetto, se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e le formalità stabilite dalla legge; il quale principio è pure implicitamente ammesso dal Codice francese, art. 20. In qualunque modo, spetta ai civilisti di esaminare quali sieno le conseguenze dell'acquisto e della perdita della cittadinanza a riguardo del godimento dei diritti civili di fronte alla legge dello Stato, al quale apparteneva od ha cominciato ad appartenere l'individuo.

349. A noi interessa soltanto di esaminare e di discutere la questione posta di fronte al diritto civile internazionale. A norma dei prin-

cipii di questo, siccome fu detto innanzi, la legge personale di ciascuno dipende dalla cittadinanza, nel senso cioè che lo stato e la capacità giuridica ed i diritti, che derivano dai rapporti di famiglia, devono essere regolati dalle leggi dello Stato di cui la persona è cittadino. Ora da questo principio deriva, che il mutamento di cittadinanza debba produrre la conseguenza del mutamento dello statuto personale. Ritenendo come uno dei diritti spettante al cittadino quello di domandare dovunque l'applicazione della legge dello Stato, a cui esso appartiene per cittadinanza, in tutti quei casi nei quali secondo i principii generali e le leggi positive esso deve reputarsi soggetto a tale legge, è naturale, che il mutamento della cittadinanza debba importare la necessaria conseguenza del mutamento della legge, a cui esso deve rimanere soggetto.

Ma quali saranno le conseguenze del mutamento dello stato personale a riguardo dei diritti spettanti alla persona? Accettando come regola, che l'acquisto della nuova cittadinanza non possa avere effetto retroattivo, cosa avverrà dei diritti acquistati dalla persona sotto l'impero del primiero statuto personale? Dovranno essi pure essere ritenuti modificati coll'acquisto della nuova cittadinanza e col cangiamento dello statuto personale? Se alcuni di essi dovranno essere reputati tuttora sotto l'impero dell'antica legge, come si dovranno determinare questi, e quelli, pei quali dovrà poi venire applicato lo statuto dipendente dalla nuova cittadinanza?

Questioni gravi e complicate:

In generale si può dire, che i diritti acquisiti dalla persona a norma dello statuto personale della sua patria d'origine devono essere rispettati e riconosciuti, anche per quello che concerne gli effetti giuridici, che da essi derivano, salvochè il riconoscere tali diritti o le conseguenze che da essi uno volesse dedurre, importi lesione ed offesa del diritto pubblico o dei principii di ordine pubblico vigenti nello Stato, di cui la persona sia divenuta cittadino.

350. Per l'esatta e sicura applicazione di codesta regola occorre innanzi tutto di determinare quali diritti spettanti alla persona si possano considerare quali diritti acquisiti. A noi sembra, che non possano essere reputati tali che i diritti perfetti, quelli cioè che si devono

ritenere nati sotto l'impero dello statuto personale primiero per essersi integralmente poste o integralmente verificate tutte le circostanze atte ed idonee secondo tale statuto, onde attribuire quel certo diritto alla persona, prima che fosse stata mutata la cittadinanza di essa.

Non si può dire lo stesso dei diritti, che non sieno integralmente acquistati, ma che possono essere acquistati esercitando la libertà civile secondo la legge; imperocchè, mutata la legge personale, si viene a mutare altresì la norma secondo cui la persona può esercitare la libertà civile, e conseguentemente l'individuo, che avesse cessato di appartenere ad uno Stato come cittadino, e che fosse divenuto cittadino di altro Stato, dovrebbe essere assoggettato alla legge della sua patria di elezione per quanto potesse concernere il godimento e l'esercizio dei diritti suoi, e l'ulteriore sviluppo della sua libertà civile.

La legge dell'antica patria, che regolò *ab initio* l'esercizio di codesti diritti, non potrà utilmente essere invocata dalla persona, la quale pretenda di continuare nella sua patria di elezione a godere ed esercitare i diritti con le stesse norme giuridiche, imperocchè, siccome ogni individuo deve esercitare la libertà civile secondo la legge a cui rimane soggetto, così è naturale, che colui, il quale abbia mutato volontariamente la cittadinanza, non possa disconoscere l'autorità della legge della nuova patria per tutto quello che concerne l'acquisto dei diritti e l'esercizio delle facoltà legali.

Applicando questi principii deduciamo, che lo stato della persona, quando sia stato legalmente acquistato a norma della legge dell'antica patria, per essersi integralmente compiute o verificate tutte le circostanze richieste da essa, prima che la persona avesse perduta la cittadinanza, dovrebbe ritenersi legalmente costituito, e non potrebbe in massima essere disconosciuto, non ostante che fossero diverse le disposizioni della legge della nuova patria per attribuire quel tale stato, perchè esso si dovrebbe ritenere come un diritto perfetto ed acquisito; e siccome il nuovo statuto personale determinato dalla nuova cittadinanza non potrebbe avere effetto retroattivo, così non potrebbe ammettersi, che colui, il quale avesse acquistato lo stato di coniuge, quello di padre o di figlio legittimo, quello di figlio naturale o adottivo, potesse perderlo col mutamento della cittadinanza.

351. A tale regola si deve però fare la generale eccezione, che cioè il riconoscere lo stato già acquistato nell'antica patria da colui, che acquisti la nuova cittadinanza, non importa lesione ed offesa dei principii di ordine pubblico e del diritto pubblico vigenti nella patria di elezione.

Supponiamo, ad esempio, che uno straniero appartenente ad un paese, che ammettesse la poligamia, avesse tolto più mogli, ed avesse poi acquistato la cittadinanza italiana o quella francese o di un altro Stato che inibisse la poligamia. Questo non potrebbe accadere in virtù della naturalizzazione, perchè nè l'Italia nè la Francia l'accorderebbero al certo ad uno straniero poligamo. Potrebbe però accadere, ch'egli acquistasse la cittadinanza profittando del trovarsi nelle circostanze, per le quali la legge rende possibile l'acquisto della cittadinanza senza bisogno della naturalizzazione. Le donne, che in tal caso secondo lo statuto personale della primiera patria aveano lo stato legale di mogli, non potrebbero pretendere di essere reputate tali nella nuova patria adducendo che lo stato di moglie fu da ciascuna di esse acquistato prima che il marito fosse divenuto cittadino dello Stato, che inibisca la poligamia, e che non potendo l'acquisto della cittadinanza avere effetto retroattivo non si potrebbe disconoscere un fatto anteriore e legale secondo lo statuto personale, che reggeva i rapporti di esse donne col marito nel momento in cui tali rapporti furono messi in essere.

A noi sembra che coteste pretese dovrebbero essere respinte, perchè lo statuto, che fissò *ab initio* i rapporti di famiglia, non potrebbe essere riconosciuto senza offesa del senso morale e dell'ordine pubblico, che deriverebbe evidentemente dal considerare come stato legale quello, che la legge qualifica un crimine. La modificazione di stato del resto sarebbe la conseguenza del fatto volontario da parte di colui, che acquistò la cittadinanza, ed esso non potrebbe lamentarsi se col mutare la cittadinanza vedesse mutata la legge dei rapporti di famiglia.

Il principio da noi posto può quindi valere soltanto nell'ipotesi, che lo stato acquistato secondo l'antico statuto personale sia compatibile con le leggi vigenti nella patria di elezione.

Secondo la legge francese e la legge belga, ad esempio, non è proibita l'adozione di un figlio naturale, come lo è secondo la legge italiana (art. 205). Gli scrittori hanno sostenuto invero che l'adozione del figlio naturale non dovrebbe essere permessa secondo lo spirito della legge francese (1) e tale opinione aveva avuto l'appoggio della Corte di cassazione (2); ma la più recente giurisprudenza, tanto delle Corti francesi quanto di quelle belghe, ha ritenuta valida l'adozione del figlio naturale (3). Ora, supponiamo che il figlio naturale di un francese o di un belga riconosciuto dal padre sia stato poi adottato. Tale adozione sarebbe valida secondo lo statuto personale di esso. Supposto che il padre di codesto figlio naturale acquistasse la cittadinanza italiana, il figlio non perderebbe la sua qualità di figlio adottivo, non ostante che la legge nostra non consenta l'adozione del figlio naturale. Lo stato di figlio adottivo come fatto giuridico perfezionato sotto l'impero della legge della sua patria primiera non potrebbe essere disconosciuto senza dare alla cittadinanza effetto retroattivo.

Per la medesima ragione colui, che fosse stato dichiarato figlio naturale in virtù delle indagini sulla paternità, e della sentenza giudiziaria dei tribunali competenti a norma della sua legge personale, non potrebbe perdere la sua qualità di figlio naturale, se acquistasse la cittadinanza in Italia o in Francia, ove la legge non permette in massima di stabilire legalmente lo stato di filiazione naturale mediante la prova data. Si potrebbe dire lo stesso del figlio adulterino, che fosse stato riconosciuto legalmente a norma della legge della sua patria primiera, e via dicendo.

352. Si dovrebbe soltanto ammettere, che i diritti e le conseguenze giuridiche, che derivano dallo stato personale, dovrebbero essere governati dalla legge della patria di elezione, e ciò per la considerazione che cotesti diritti e coteste conseguenze non si possono considerare come diritti acquisiti anch'essi, in guisa tale da doverli ritenere soggetti allo statuto personale primiero. Si dovrebbe invece

---

(1) DEMOLOMBE, *Droit civil*, t. IV, n° 52; DALLOZ, v° *Adoption*, n° 116.
(2) Cass. fr., 16 mars 1843.
(3) LAURENT, *Droit civil*, t. IV, p. 287.

ammettere, che tali diritti e tali conseguenze giuridiche dello stato personale dovessero essere retti dalla legge della nuova patria, e che conseguentemente non si potessero ammettere quegli effetti, che importassero lesione o offesa al diritto pubblico o ai principii di ordine pubblico e di buon costume vigenti nella patria di elezione. Così, ad esempio, colui, che essendo figlio adulterino fosse stato legalmente riconosciuto a norma del suo primiero statuto personale, e che volesse invocare la legge dell'antica patria a fine di stabilire la sua condizione giuridica di figlio naturale legalmente riconosciuto, onde dedurre poi di avere i diritti, che al figlio naturale attribuisce la legge nostra nella successione paterna, non potrebbe efficacemente accampare questa pretesa, perchè ammettendola ne seguirebbe una vera lesione dei principii di ordine pubblico vigenti nel nostro paese, secondo i quali è inibito di accordare qualsiasi diritto successorio al figlio adulterino.

353. Stando nel medesimo ordine di idee deve pure ammettersi, che colui, che sarebbe divenuto maggiore a 21 anno e che avesse acquistato la cittadinanza in un paese ove la maggiore età fosse fissata a 24 anni, non potrebbe uscire dalla minorennità, che compiuta l'età fissata dalla legge della nuova patria. Anzi noi opiniamo, che colui il quale essendo maggiore a 21 anno acquistasse volontariamente la cittadinanza in un paese ove fosse maggiore il periodo degli anni richiesti per la maggiore età, dovrebbe divenire minore, finchè non avesse raggiunto l'età fissata dalla legge della sua patria di elezione, e questo sosteniamo, perchè da una parte la legge dello Stato che stabilisce l'eguaglianza di condizione giuridica tra i cittadini quanto all'epoca della maggiorità, si deve considerare di ordine pubblico, e dall'altra parte il mutamento di stato, che sarebbe la conseguenza del mutamento di cittadinanza, non potrebbe considerarsi oneroso per la persona, perchè sarebbe rispetto ad essa la conseguenza del fatto volontario da parte sua.

Per quello che concerne la capacità e le limitazioni imposte dalla legge a certe persone, che si trovano sotto il potere e l'autorità di certe altre, è naturale l'ammettere, che debbano essere rette dalla legge della nuova patria, perchè esse non costituiscono al certo un diritto acquisito delle persone. Conseguentemente la capacità della donna maritata

dovrebbe essere retta dalla legge della nuova patria, codesta legge dovrebbe pure governare tutti i diritti accessorii, che derivano dalla patria podestà, e dalla podestà maritale, la qual cosa vale a confermare quello che abbiamo detto innanzi, che cioè, l'acquisto della nuova cittadinanza dovrebbe sempre dipendere dal fatto volontario individuale, onde evitare il grave inconveniente che la persona, alla quale fosse imposto necessariamente la perdita dell'antica cittadinanza e l'acquisto della nuova, subisse una limitazione di capacità a sua insaputa e contro la sua volontà esplicita o presunta.

354. La cittadinanza nella stessa guisa che ogni altro fatto giuridico deve essere provata, ed incombe a colui che abbia interesse a stabilire, che una data cittadinanza gli deve essere attribuita, di darne la prova. Questa deve essere data in conformità della legge del paese ove l'interessato pretende di avere acquistato la cittadinanza, quando si tratti di stabilire l'acquisto di essa, e secondo la legge del paese cui originariamente apparteneva l'individuo, quando si tratti di stabilirne la perdita.

L'apprezzamento delle prove spetta al tribunale investito della causa. In generale si deve ammettere che la naturale presunzione debba essere, che ogni persona abbia una data patria, e che la perdita della cittadinanza della patria originaria non debba essere ritenuto un fatto giuridico, perfezionato e compiuto, che quando sia data la prova di avere acquistata la cittadinanza nuova. Conseguentemente dovrebbe in massima essere rigettata la prova, che tendesse a stabilire, che una persona sia senza cittadinanza, perchè tale fatto deve essere considerato come un fatto anormale, non potendosi ammettere l'uomo senza cittadinanza come un istituto di diritto internazionale.

CAPITOLO IV.

Della naturalizzazione.

355. Idee generali e ordine della trattazione.

355. La naturalizzazione denota quel fatto giuridico in virtù del quale colui che non è cittadino dello Stato, lo diviene, e ottiene così la facoltà di godere dei medesimi diritti e degli stessi privilegi, dei quali godono i cittadini, a cui sono dalla legge dello Stato attribuiti.

In principio la naturalizzazione è *personale*, essa infatti non è concessa, che a colui che l'abbia domandata, supposto però che esso abbia la capacità a tal fine richiesta dalla legge. Si ammette per altro che in certi casi la naturalizzazione possa essere *collettiva*, e questo avviene quando essa non sia limitata alle persone prese individualmente, ma si estenda invece a tutti coloro, che seguono la condizione di un territorio, che sia ceduto o annesso ad uno Stato. Questo può accadere o in conseguenza della unione volontaria o in conseguenza della conquista, le quali fanno sì che tutti gli abitanti del territorio, che si trovino nelle particolari circostanze che esporremo in seguito, cessino di essere cittadini di uno Stato e diventino cittadini di un altro Stato.

Noi discorreremo in due distinti paragrafi della naturalizzazione individuale e di quella che dicesi *collettiva.*

§ 1°.

Della naturalizzazione ordinaria.

356. La naturalizzazione individuale è regolata dalla legge interna. — 357. Legge vigente in Italia. — 358. Condizione giuridica dello straniero che ottenga la naturalità italiana per decreto reale. — 359. Legge francese. — 360. Leggi vigenti nella Gran Bretagna. — 361. Nell'Austria. — 362. Stati nei quali la naturalizzazione è nella competenza del potere esecutivo. — 363. Legge vigente nella Svizzera. — 364. Stati

nei quali essa è della competenza del potere legislativo. — 365. Sotto qual punto di vista deve applicarsi la legge interna di ciascuno Stato e sotto quale deve poi applicarsi il diritto internazionale. — 366. Del diritto di espatriare. — 367. Stati che lo disconoscono. — 368. Stati che lo ammettono con certe restrizioni. — 369. Come la diversità delle leggi possa far nascere dei conflitti, e come sia necessario un trattato internazionale per eliminarli. — 370. Una legge che neghi il diritto di espatriare non deve avere autorità estraterritoriale. — 371. La naturalità ottenuta all'estero deve far perdere in principio la cittadinanza originaria. — 372. Come codesta regola debba essere ristretta dentro i giusti limiti, e subordinata alla condizione della capacità secondo la legge personale. — 373. La donna maritata e legalmente separata non può naturalizzarsi all'estero senza essere autorizzata. — 374. L'autonomia delle sovranità non può valere ad attribuire a ciascuna il diritto di concedere validamente la naturalità ad un incapace. — 375. Le controversie a riguardo della naturalizzazione non possono sempre risolversi a seconda della legge interna. — 376. Si esamina la questione se un minore emancipato possa reputarsi capace di naturalizzarsi all'estero. — 377. Opinione nostra. — 378. Degli effetti della naturalizzazione e della legge che deve regolarli. — 379. Le regole che concernono la naturalizzazione propriamente detta non possono applicarsi a colui che secondo la legge inglese sia qualificato *denizen*. — 380. Il *denizen* non può essere assimilato al cittadino, e come sia sostanzialmente diversa la condizione sua da quella del naturalizzato. — 381. La borghesia e le altre somiglianti qualificazioni non equivalgono alla naturalizzazione.

356. La naturalizzazione individuale propriamente detta è un atto che si compie coll'intervento della pubblica autorità e colle forme stabilite dalla legge interna di ciascun paese, in virtù del quale uno straniero è ammesso nel consorzio dei cittadini dello Stato colla facoltà di godere dei medesimi diritti, dei quali essi godono, e che sono a loro attribuiti dalla legge positiva, e con l'obbligo di sopportare gli oneri che ai medesimi sono imposti.

La legge vigente in ciascun paese determina le formalità richieste per ottenere la naturalizzazione; le condizioni alle quali essa dev'essere in massima subordinata: e le conseguenze giuridiche che da essa derivano, allorquando uno l'abbia ottenuta. Intorno a tali soggetti non si trova invero uniformità perfetta tra le leggi dei diversi paesi, così come si trova in questo, che cioè ognuna di esse ritiene indispensabile l'intervento del potere pubblico, onde ottenere la naturalizzazione, quantunque l'una consideri poi indispensabile, che a tal riguardo intervenga

lo stesso potere legislativo, e l'altra consideri anche codesto atto nelle attribuzioni del potere esecutivo, al quale è pure affidato di regolare la naturalizzazione collettiva in caso di annessione o di separazione di una parte del territorio.

Il potere legislativo interviene a vero dire sempre, allorchè si tratti della cittadinanza, sia quando riconosce e dichiara quali siano le persone alle quali essa debba essere atttribuita di pieno diritto, sia quando stabilisce, e determina le circostanze, di cui si debba riconoscere come conseguenza l'acquisto della medesima. Però nei casi ordinari il potere legislativo interviene, così come a riguardo di quale si sia rapporto giuridico, o di qualunque diritto appartenente alle persone. Spetta infatti ad esso il dichiarare e riconoscere ciascheduno dei diritti spettanti alle medesime, e il determinare i modi legittimi di acquistarlo giuridicamente. Allorquando invece la naturalizzazione debba essere concessa per legge, è necessario, che il potere legislativo intervenga a fine di concedere con una legge speciale all'individuo, che ne abbia fatta domanda, di essere naturalizzato e assimilato senz'altro al cittadino.

357. Secondo la legge vigente in Italia sono ammesse due forme di naturalizzazione, una è quella che è concessa dal potere legislativo con legge speciale, l'altra è quella che è concessa dal Re con Decreto reale. La differenza tra l'una e l'altra consiste in questo, che cioè, la naturalizzazione per legge conferisce allo straniero tutti i diritti politici, nessuno eccettuato, quella invece ottenuta per Decreto reale gli conferisce tutti i diritti politici o pubblici, eccetto l'elettorato politico, ed il diritto di essere giurato.

A norma dell'art. 10 del Codice civile, che regola questa materia, il Decreto reale non diventa efficace, onde attribuire allo straniero i diritti della naturalità, se non quando sia stato registrato dall'ufficiale dello stato civile del luogo ove lo straniero intende fissare od ha fissato il suo domicilio, e lo straniero abbia prestato giuramento davanti lo stesso ufficiale di essere fedele al Re e di osservare lo Statuto e le leggi del Regno. La registrazione del Decreto dev'essere fatta entro sei mesi dalla data di esso sotto pena di decadenza. In conseguenza di tale disposizione la registrazione del Decreto deve ritenersi imposta

sotto condizione risolutiva allo straniero, che voglia conseguire la naturalità, e siccome poi il Decreto del 15 novembre 1865 per l'ordinamento dello stato civile dispone agli articoli 50 e 51 che l'ufficiale dello stato civile prima di trascrivere il Decreto della concessa cittadinanza deve ricevere il giuramento dello straniero, osservati i riti speciali della religione da lui professata, e che deve rifiutarsi a trascrivere il Decreto e a ricevere il giuramento, se sieno trascorsi 6 mesi dalla data del medesimo, così riesce chiaro, che, affinchè la cittadinanza possa essere definitivamente acquistata, è indispensabile adempiere le condizioni richieste della prestazione del giuramento e della registrazione del Decreto entro i 6 mesi dalla data di esso. Si può soltanto sostenere che il termine di sei mesi non sia perentorio per quello che concerne la fissazione effettiva del domicilio nel Regno, imperocchè, avendo il legislatore disposto che il Decreto dev'essere registrato dove lo straniero ha fissato o intende fissare il suo domicilio, deve reputarsi sufficiente, che lo straniero abbia manifestata la sua intenzione circa il luogo, nel quale sarà per fissare il suo domicilio, onde poter ottenere ivi la registrazione del Decreto entro i sei mesi dopo aver prestato il giuramento, e senza che debba reputarsi pure indispensabile, che abbia fissato effettivamente il domicilio entro l'istesso termine, essendo che non gli possa essere negato di adempiere a questa condizione dopo la registrazione del Decreto.

La concessione della naturalità per Decreto non è subordinata secondo la legge nostra ad alcuna condizione di lunga residenza, o di servizi resi al nostro paese, od altre somiglianti condizioni, è invece un atto politico completamente nel potere discrezionale del Re, e le norme per avanzare la domanda furono date con una circolare del ministro dell'interno del 31 marzo 1881.

La condizione giuridica poi dello straniero, che abbia ottenuta la naturalità per Decreto, si è di essere assimilato in tutto ai cittadini, anche pel godimento dei diritti politici, quelli soltanto eccettuati pei quali è richiesta la naturalizzazione per legge, i quali sono l'elettorato politico e il diritto di essere giurato. Il nostro legislatore ha veramente equiparato lo straniero al cittadino pel godimento dei diritti civili (art. 3 cod. civ.), ma con tale liberale disposizione non ha equiparato

al certo la condizione giuridica dell'uno a quella dell'altro. Una sostanziale differenza rispetto al godimento degli stessi diritti civili consiste in questo, che cioè dovendo lo straniero esercitare e godere dei diritti che a lui appartengono secondo la sua legge personale, può godere di essi senza subire alcuna restrizione per la sua qualità di straniero, ma sempre dentro i limiti, e con le norme fissate dalla legge dello Stato di cui è cittadino. Lo straniero naturalizzato per Decreto sarebbe invece soggetto alla legge nostra, la quale dovrebbe determinare la sua condizione giuridica, e tutto ciò che concerne lo stato, la capacità personale, e i diritti derivanti dai rapporti di famiglia a cominciare dal momento in cui il Decreto reale sia divenuto effettivo.

Vi sono inoltre certi diritti, che non potrebbero rigorosamente classificarsi tra i diritti politici, ma che non possono essere tuttavia goduti dagli stranieri, come sarebbero, ad esempio, l'eleggibilità alle funzioni di consigliere municipale o di sindaco, e tutti gli altri diritti per il godimento dei quali la qualità di cittadino è indispensabile, come è, ad esempio, quello di poter essere proprietario di una nave della marina mercantile italiana. Ora la naturalizzazione per Decreto reale attribuisce allo straniero tutti i diritti politici e civili con la sola restrizione testè mentovata.

Dobbiamo finalmente notare, che coloro, i quali appartengono ad una di quelle provincie, le quali devono reputarsi italiane pel principio di nazionalità, ma che non sono ancora annesse al Regno d'Italia, qualora abbiano ottenuto la naturalità per Decreto reale, possono entrare nel novero degli elettori a norma della legge elettorale politica del 24 settembre 1882.

358. Le regole sancite dalle leggi degli altri Stati sono diverse. Di esse alcune attribuiscono al potere esecutivo ampia facoltà di accordare la naturalizzazione. Così accade in Francia, ove la materia retta dapprima da leggi successive, è stata poi regolata dalla legge del 13-21 novembre, 3 dicembre 1849, modificata da quella del 29 giugno, 5 luglio 1867, e completata coi Decreti 12 settembre, 20 ottobre e 19 novembre 1870.

La legge del 1867 dispose, che lo straniero, il quale dopo i ventun anno compiuti avesse in conformità dell'art. 13 del codice

civile, ottenuta l'autorizzazione di stabilire il suo domicilio in Francia, e vi avesse risieduto per tre anni, potrebbe ottenere la naturalizzazione per decreto in seguito a rapporto del ministro della Giustizia, e sentito il parere del Consiglio di Stato. Il termine di tre anni potrebbe essere poi ridotto ad uno in favore degli stranieri, che avessero reso alla Francia servizi importanti, o che avessero ivi introdotto un'industria o utili invenzioni, o fondati grandi stabilimenti, o grandi aziende agricole. La detta legge dispose inoltre, che dovesse essere assimilata alla residenza in Francia il soggiorno in paese straniero per esercitare ivi una funzione conferita dal Governo francese. Essa inoltre abrogò l'articolo 5 della legge del 1849, che richiedeva la grande naturalizzazione per l'eleggibilità all'Assemblea nazionale, e tolse così ogni controversia circa gli effetti della grande e della piccola naturalizzazione, conferendo allo straniero naturalizzato il pieno godimento di tutti i diritti politici.

Il Decreto poi del 12 settembre 1870 allargò maggiormente la competenza del potere esecutivo dando al ministro della Giustizia la facoltà di statuire sulle domande di naturalizzazione senza ottenere il parere del Consiglio di Stato. I Decreti finalmente del 26 ottobre e 19 novembre dispensarono dall'obbligo di aver risieduto un anno nello Stato gli stranieri, che avessero resi servigi alla Francia, prendendo parte alla guerra per la difesa di essa, e li ammise a domandare ed ottenere la naturalità appena dopo essere stati autorizzati a stabilire il domicilio in Francia, salvo però l'inchiesta sulla moralità loro, a norma di quanto era prescritto nella legge del 1867.

359. In Inghilterra la legge del 1870, la quale modificò le regole circa l'acquisto e la perdita della cittadinanza inglese, modificò pure quella precedentemente in vigore circa la naturalizzazione. A norma di tale legge il Segretario di Stato è competente per statuire sulla domanda di naturalizzazione e concedere o rifiutare il certificato di naturalità. Per poterlo ottenere è richiesto che lo straniero abbia avuto la residenza nel Regno Unito della Gran Bretagna per cinque anni, su d'un periodo di tempo di otto anni, o che abbia servito la Corona per un uguale spazio di tempo, manifestando l'intenzione di risiedere nel Regno Unito o di servire la Corona.

Il certificato di naturalità non ha effetto che dopo la prestazione

del giuramento. Lo straniero naturalizzato, che abbia prestato il giuramento, gode di tutti i diritti civili e politici attribuiti al cittadino britannico, purchè però la naturalizzazione sia riconosciuta nella patria di origine, se egli vi vada a dimorare (1).

Un'altra disposizione molto importante che troviamo nella legge inglese del 1870 è quella relativa alla naturalizzazione ottenuta da un cittadino britannico in paese straniero. Questa fa perdere la nazionalità britannica, e qualora poi colui, che l'avesse perduta, volesse riacquistarla, potrebbe farlo mediante dichiarazione, ma se esso continuasse a risiedere nella sua patria di adozione, la sua dichiarazione non avrebbe effetto, se non quando a norma dei trattati o della legge del paese, ove egli avesse ottenuta la naturalizzazione, egli venisse a cessare di essere considerato cittadino di tale paese.

Dobbiamo pure notare, che la naturalizzazione ottenuta nel Regno unito della Gran Bretagna non è efficace per estendere gli effetti di essa ai possedimenti inglesi ed alle colonie. La naturalizzazione dentro i limiti del territorio di tali possedimenti può essere accordata mediante legge o ordinanza a norma delle legislazioni vigenti in ciascun possedimento, ed è subordinata alla ratifica da parte della regina.

Oltre la naturalizzazione propriamente detta si ammette tuttora nella Gran Bretagna una specie di naturalizzazione imperfetta la quale è denominata *denizzazione*. Lo straniero *denizen* non acquista il godimento dei diritti politici, ma solo quello di tutti i diritti civili senza alcuna restrizione a parità di condizione dei cittadini originarii. Tale forma di naturalizzazione era molto utile quando lo straniero non

(1) Fra i diritti politici attribuiti al naturalizzato a norma della legge del 1870 pare che sia compreso anche quello di essere membro del Parlamento e del Consiglio privato della regina. Secondo la legge anteriore per godere di questi diritti era richiesto che la naturalizzazione fosse stata concessa con atto del Parlamento. Alcuni hanno opinato che la naturalizzazione per legge sussiste ancora, e che essa soltanto conferisca il diritto di essere membro del Parlamento e del Consiglio privato della regina (CUTLER, *Law of naturalisation*, pag. 26. — COCORDAN, *La nationalité*, pag. 181, nota). Sostiene però il contrario WESTLAKE, *Revue de droit international* 1871, pag. 603.

potea godere nella Gran Bretagna i diritti civili come il cittadino, come ad esempio, acquistare la proprietà immobile, ereditare, disporre per testamento e via dicendo. In questi tempi l'utilità della denizzazione è molto scemata in conseguenza dell'avere la legge del 1870 concesso allo straniero di esercitare e godere i diritti di proprietà.

360. Anche nell'Austria per la naturalizzazione degli stranieri non è richiesto l'intervento del potere legislativo. Ivi dopo il 1867 si ammettono due cittadinanze: l'austriaca cioè, la quale è quella di tutti i paesi che sono rappresentati al Reichsrath, e l'ungherese, che appartiene a tutti i cittadini dell'Ungheria. La naturalizzazione è però soggetta alle medesime condizioni e formalità nell'una e nell'altra parte dello Stato. Lo straniero, che voglia ottenerla, deve avere fissato il domicilio in uno dei paesi dell'Austria o dell'Ungheria ed avervi risieduto per lo spazio di dieci anni; egli deve fare la domanda alle autorità provinciali, le quali possono concedergli la naturalizzazione dopo avere indagato la condotta di lui, e deve prestare il giuramento al sovrano come imperatore e re di Ungheria.

Oltre la naturalizzazione propriamente detta, evvi secondo la legge austriaca una condizione giuridica del tutto speciale, quella cioè la quale deriva dall'indigenato, che attribuisce allo straniero il godimento di certi diritti senza assimilarlo del tutto al cittadino.

361. Vi sono altri Stati nei quali tutto ciò che ha rapporto alla naturalizzazione è affidato al potere esecutivo. In Russia, secondo la legge del 10 febbraio 1864, essa è concessa dal ministro dell'interno in seguito alla presentazione dei documenti atti a provare l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge. Lo stesso accade secondo la legge del 7 febbraio 1868 nella Svezia e Norvegia; nel Portogallo, ove la facoltà di accogliere le domande di naturalizzazione è attribuita al Governo (Costit., art. 75), nella Grecia, ove per domandare la naturalizzazione, era richiesto il soggiorno di due anni per coloro di razza ellenica, e per gli altri, di tre anni, secondo la legge del 3 marzo 1881 il Re può accordarla per Decreto anche prima dei termini legali.

362. Nella Svizzera la materia della naturalizzazione ha subito una importante modificazione dopo la legge federale del 3 luglio 1876. Secondo il diritto anteriore, la borghesia ottenuta in un Comune e

l'indigenato ottenuto in uno dei Cantoni erano considerati sufficienti per la naturalizzazione, secondo la nuova legge invece lo straniero che voglia ottenere la nazionalità svizzera, dev'essere autorizzato dal Consiglio federale di divenire cittadino di un Cantone o di un Comune. Ottenuta l'autorizzazione, lo straniero può essere naturalizzato a norma delle leggi vigenti nei singoli Cantoni. Di maniera che, salvo l'intervento del potere federale per l'autorizzazione preliminare, la naturalizzazione poi è nel dominio delle legislazioni locali.

363. Secondo le leggi vigenti in altri Stati la naturalizzazione è nella competenza esclusiva del potere legislativo. Così accade nel Belgio, ove si ammette la grande e la piccola naturalizzazione. La prima è accordata solo per servizi personali, la seconda è accordata dopo cinque anni di residenza, e non attribuisce che il completo godimento di tutti i diritti civili e di alcuni diritti riservati ai cittadini, essa non conferisce al naturalizzato nè il diritto di essere elettore, nè quello di essere ministro, nè la eleggibilità al Senato o alla Camera dei deputati.

Anche nei Paesi Bassi, a norma della legge del 28 luglio 1850, a cittadinanza neerlandese può essere concessa mediante legge agli stranieri maggiori. Coloro che vogliono essere naturalizzati devono aver dimorato nel paese da oltre sei anni, e possono essere esonerati da tale obbligo, quando abbiano reso servigi importanti al paese.

Non entriamo in altri particolari esponendo le leggi vigenti nei diversi paesi, e le condizioni richieste a norma di ciascuna di esse onde ottenere la naturalizzazione, perchè reputiamo sufficiente quello che abbiamo detto a far conoscere il carattere generale delle leggi, le quali si differenziano fra di loro per la maggiore larghezza o restrizione, a cui subordinano la concessione della naturalità, e per la competenza del potere, a cui spetta la facoltà di concederla.

364. A norma dei principii del diritto, essendo questa materia di per sè stessa una di quelle nelle quali dev'essere riconosciuta l'autonomia di ciascun potere sovrano quanto a regolarla, è chiaro, che quando si tratta di risolvere una questione di naturalizzazione di fronte al diritto interno, bisogna riferirsi alla legge di ciascheduno Stato, onde decidere secondo essa quando lo straniero debba reputarsi natu-

ralizzato, e quali sieno le condizioni indispensabili affinchè la concessione di naturalità possa reputarsi effettiva.

Non si può dire lo stesso se fosse il caso di risolvere una questione di naturalizzazione di fronte al diritto internazionale. La legge interna di uno Stato non può al certo avere autorità estraterritoriale in quello che essa regoli la naturalizzazione in opposizione dei principii del diritto internazionale. Spetta indubitatamente a ciascheduna sovranità di stabilire con legge le norme per la naturalizzazione degli stranieri, e per la espatriazione dei cittadini, però, siccome ciascuna sovranità deve esercitare i suoi diritti in armonia coi sommi principii del diritto internazionale, così bisogna conseguentemente ammettere, che le leggi da essa emanate, le quali siano contrarie al diritto internazionale, devono essere reputate inefficaci nei rapporti internazionali.

Dobbiamo ora esporre per sommi capi codesti principii che da ogni legge dovrebbero essere rispettati.

365. Uno dei principali è quello in virtù del quale è attribuita a ciascuna persona la facoltà di appartenere liberamente all'una o all'altra comunità politica, da cui deriva il diritto di sciogliersi liberamente la patria, e di poterla conservare o mutare naturalizzandosi all'estero.

Codesta facoltà è ai tempi nostri generalmente riconosciuta. Poche leggi soltanto disconoscono il diritto di espatriare liberamente e di acquistare la naturalità in un altro Stato; in maggior numero sono quelle che ammettono codesto diritto in principio, ma lo assoggettano soltanto a certe restrizioni motivate dall'interesse sociale.

366. A seconda dell'articolo 7 della Costituzione di Venezuela le persone che fissino il domicilio in paese straniero, e che acquistino la naturalità, non perdono per questo il loro carattere di venezuelesi.

Nella Svizzera a norma della legge federale del 3 luglio 1876 relativa alla nazionalità è ammesso, che il cittadino svizzero possa rinunciare alla sua nazionalità, quando esso abbia acquistata ed assicurata una cittadinanza straniera per lui, per la sua moglie, e per i suoi figli minori (1).

---

(1) Art. 6, comma c.

Però lo svizzero non può acquistare efficacemente la naturalità straniera, se non abbia prima rinunciato alla nazionalità svizzera facendone la dichiarazione in iscritto con tutti i documenti giustificativi al Governo cantonale, e quando il diritto di rinunciare alla cittadinanza svizzera non sia contestato. Qualora codesto diritto fosse contestato il giudice competente a giudicare e decidere intorno a ciò è il tribunale federale (1).

Supposto che tutte le condizioni siano state adempiute, e che non vi sia stata opposizione, o che l'opposizione sia stata rigettata dal giudice competente, l'autorità cantonale può dichiarare l'interessato libero dai vincoli di nazionalità cantonale. Questa liberazione, che importa la perdita della cittadinanza svizzera, ha effetto dal giorno in cui sia stato rimesso al richiedente l'atto di liberazione, e si estende alla moglie ed ai figli minori, supposto che essi convivano col capo della famiglia, e che non sia stata fatta eccezione formale a loro riguardo (2).

Da codeste disposizioni deriva, che l'avere uno svizzero ottenuto la naturalità all'estero non è di per sè stesso sufficiente a produrre la perdita della nazionalità svizzera, occorrendo sempre in ciò la dichiarazione formale di rinuncia, e l'atto di liberazione, o manumissione. Dobbiamo poi osservare, che siccome nel Cantone di Ginevra vige tuttora l'antica legislazione, la quale considera il legame di nazionalità indelebile, e siccome il diritto di rinunciare all'originaria nazionalità deve essere giudicato dal Governo cantonale, così potrebbe accadere, che il ginevrino naturalizzato all'estero si potesse trovare nella impossibilità di rompere i suoi vincoli, in conseguenza dell'opposizione da parte del Governo cantonale. Bisogna però considerare, che essendo attribuito al tribunale federale di statuire definitivamente, quando il diritto a naturalizzarsi all'estero sia contestato (3), l'opposizione da parte del Governo cantonale dovrebbe essere sommessa al giudizio del tribunale federale, il quale attenendosi allo spirito della

(1) Art. 7.
(2) Art. 8.
(3) Art. 61 a 63 della legge sull'organizzazione giudiziaria federale del 27 giugno 1874.

legge federale non potrebbe fare a meno di rigettarla, avendo la nuova legge abrogato tutte le leggi cantonali, che sono ad essa contrarie (1).

367. Secondo altre leggi il diritto di espatriare liberamente si ammette con certe restrizioni. Così è ad esempio a norma della legge del 5 giugno 1870 promulgata per la confederazione germanica ed estesa poi a tutto l'impero. Codesta legge riconosce in principio, che ciascuno può naturalizzarsi all'estero, ma dispone non pertanto, che a fine di rompere del tutto i vincoli che uniscono la persona, che voglia espatriare dall'Impero, è necessario, che essa ottenga il certificato di espatriazione, il quale deve essere sempre rilasciato a qualunque persona che lo domandi, purchè essa abbia meno di 17 anni o più di 25. Coloro poi che si trovano nel periodo di età tra i 17 e i 25 anni possono pure ottenere il certificato, purchè diano la prova che non lo richiedono per sottrarsi al servizio militare.

La medesima legge dispone, che il Governo imperiale si riserva il diritto di dichiarare l'espatriazione come non avvenuta, se colui, che l'avesse ottenuta, ritornasse nell'Impero senza avere acquistato un'altra cittadinanza, e qualora poi esso vi entrasse avendo già la qualità di straniero, il Governo potrà espellerlo, quando vi fossero i motivi per farlo (2).

---

(1) Vedi la sentenza del Tribunale federale nella causa Gothney, del 1° settembre 1877. — *Journ. du droit int. privé*, 1878, p. 66, 67.

(2) A norma della legge per l'Impero germanico del 1° giugno 1870 vi sono due specie di emigrazione. La prima è l'emigrazione di fatto *Auswanderug*, vale a dire l'espatriazione semplice senza autorizzazione, la seconda è quella che sia compita con l'autorizzazione dell'autorità competente.

La prima non produce di per se stessa la perdita della cittadinanza alemanna: codesta qualità può essere perduta solo indirettamente, in seguito cioè al soggiorno di dieci anni continuati in paese straniero (art. 13, n° 3 e art. 21), tale periodo di tempo può essere eccezionalmente ridotto a 5 anni se l'emigrato abbia acquistato nell'intervallo una nuova cittadinanza (art. 20, al. 3). Questa disposizione però non può essere applicata al cittadino alemanno che a contare dal giorno in cui secondo la legge dell'impero esso può essere considerato liberato dal servizio militare attivo, vale a dire dal giorno in cui egli abbia compito il 31mo anno. Colui, che essendo obbligato al servizio militare emigri senza autorizzazione, è indicato al

Anche per gli austriaci l'autorizzazione di espatriare dev'essere richiesta e non può essere rifiutata dall' autorità amministrativa o dal Ministero dell'interno, che secondo i casi sono chiamati a rilasciarli. Se però l'austriaco o l'ungherese per la sua età facesse parte dell'armata attiva o della *Landwehr*, occorrerebbe un permesso speciale rilasciato dal Ministero della difesa nazionale.

L'ukase russo del 1864 sulla naturalizzazione concede a tutti gli stranieri che l'avessero ottenuta in Russia di potervi liberamente rinunciare. A riguardo poi dei russi esso dispone, che ogni persona al disopra di 15 anni non possa cessare di essere suddito russo, a meno che non abbia soddisfatto completamente alle obbligazioni militari, o non ne sia esentato (1).

In Italia le disposizioni relative alla naturalizzazione trovansi nel Codice civile, il quale, avendo accettato il concetto *nemo invitus in patria manere debet*, ha sanzionato la regola della libertà di espatriare, ammettendo che la cittadinanza italiana si perde da colui, che vi abbia rinunciato con dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile, e non ha subordinato tale perdita alla condizione dell'avere acquistato la cittadinanza straniera. È evidente, che il legislatore nostro doveva poi ritenere la cittadinanza perduta in conseguenza dell'avere colui, che era cittadino, ottenuto la naturalità straniera, e così esso dispone, e non fa alcuna riserva di previa autorizzazione nè di altri preliminari formalità (2). Anche la legge italiana per altro

---

comando militare, è considerato come disertore, e condannato in contumacia al carcere da un mese ad un anno, e all'ammenda, oltre il sequestro dei beni che è una pena facoltativa. Qualora poi egli ritorni nel territorio dell'Impero prima di avere compiuta la prescrizione, la quale può aver luogo quando abbia compiuto 36 anni, è assoggettato alla legge militare, ed è tenuto a prestare il servizio militare per un tempo eguale alla sua assenza.

L'emigrazione autorizzata *entlassung* produce di per sè stessa la perdita della nazionalità alemanna. Spetta ai Presidenti delle Provincie, a norma della legge del 1870 di rilasciare i permessi di emigrazione (*entlassungschein*).

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1875, pag. 606.

(2) Art. 11 Codice civile.

ha previsto il caso che uno si naturalizzasse all'estero per esimersi all'obbligo del servizio militare, e, a fine di prevenire tale inconveniente, ha disposto, che la perdita della cittadinanza non esime dagli obblighi del servizio militare.

Codesta restrizione, che si trova in molte altre leggi, è giusta in principio come abbiamo detto innanzi (1), non possiamo però dilungarci a discutere intorno ad essa, onde stabilire i limiti giuridici entro cui dovrebbe essere mantenuta, perchè codesta disamina non concerne i rapporti di diritto privato dei quali dobbiamo occuparci.

368. La diversità delle leggi, di cui abbiamo fatto cenno, a riguardo della libertà più o meno completa attribuita al cittadino di acquistare la naturalità straniera, può condurre alla conseguenza, che uno abbia potuto ottenere la naturalità straniera e che sia tuttora considerato come cittadino della sua patria primiera, ovvero che abbia perduto la cittadinanza originaria senza avere ottenuta la naturalità all'estero, come potrebbe avvenire a riguardo di un italiano, che avesse formalmente rinunciato alla propria cittadinanza prima di avere ottenuta la naturalizzazione all'estero. Da codesta anormale posizione di cose può derivare una ben grave difficoltà nel determinare la condizione civile della persona, che si trovasse nelle mentovate circostanze. Per eliminare ogni equivoco a tale riguardo bisogna tener presente, che secondo i generali principii quando uno, che sia giuridicamente capace in virtù della sua legge personale, abbia effettivamente acquistato la naturalità straniera, tale fatto dovrà riputarsi per sè stesso sufficiente a produrre il mutamento di condizione civile del naturalizzato per tutto quello che concerne i rapporti di diritto privato.

Riconosciamo, che in quelli Stati, nei quali la naturalità ottenuta all' estero è considerata di niun effetto, quando la persona non sia stata prima autorizzata dal Governo, può prevalere una regola diversa, e che questo è un inconveniente di gran momento. Non ci sembra però, che si possa altrimenti interamente evitare, che fissando mediante un trattato generale le norme circa la naturalizzazione, alle

(1) Vedi innanzi, § 337.

quali poi le legislature di ogni Stato dovrebbero essere tenute di uniformarsi.

369. Finchè non si arriverà a questo si dovrà ammettere, che ogni sovrano possa applicare all'interno dello Stato la legge da esso fatta per regolare la naturalizzazione e l'espatriazione, e che gli altri Stati possano disconoscere l'autorità estraterritoriale di quelle disposizioni, che devono reputarsi in opposizione coi principii del diritto internazionale moderno.

Il diritto di espatriare e di naturalizzarsi all'estero si deve oramai considerare come uno dei diritti internazionali dell'uomo. Conseguentemente, siccome nessuno potrebbe essere costretto a conservare contro la sua volontà la cittadinanza di un dato Stato, e siccome non si può ammettere, che l'esercizio del diritto di appartenere liberamente allo Stato possa essere sommesso al beneplacito del sovrano, così si deve considerare in opposizione col diritto internazionale moderno una legge, la quale inibisca di naturalizzarsi all'estero senza la previa autorizzazione del Governo.

370. Non potendo poi ammettersi in principio, che uno possa essere allo stesso tempo cittadino di due Stati, ne consegue, che la naturalizzazione, quando si sia ottenuta, deve produrre senz'altro la necessaria conseguenza di far perdere alla persona la cittadinanza originaria. Codesto principio si trova del resto sanzionato in molti Codici, ed è così secondo il Codice nostro, che all'articolo 11 dispone, che la cittadinanza si perde da colui, che abbia acquistato la cittadinanza in paese straniero: ed è a questo conforme quello che il Codice francese dispone coll'articolo 17, per tacere di molti altri.

371. La regola da noi data non deve però essere intesa in un senso assoluto, vale a dire che debba essere reputato sufficiente in ogni caso, che uno provi, a modo di esempio, dinanzi ai tribunali italiani o a quelli francesi di avere ottenuta la naturalizzazione all'estero, onde concludere da questo, che esso non debba essere reputato più cittadino della sua patria originaria. Intendendo la regola in tale maniera ne seguirebbe, che i suddetti tribunali dovrebbero limitarsi soltanto a constatare, che la naturalizzazione fosse stata concessa, e che dovrebbero astenersi di esaminare in merito, se secondo i principii

del diritto interno e del diritto internazionale la naturalizzazione poteva legalmente essere concessa.

Vi sono stati scrittori, tra i quali Bluntschli, i quali hanno considerato, che avendo i legislatori riconosciuto che all'uomo compete il diritto di mutare liberamente la sua patria, e che d'altra parte bisogna evitare l'inconveniente che uno si trovi allo stesso tempo cittadino di due Stati, ne hanno dedotto, che i tribunali debbano ritenere, che sia cessato di essere cittadino dello Stato, colui che abbia ottenuta la naturalizzazione all'estero. Conseguentemente essi opinano, che quando uno, che era cittadino dello Stato, adduca dinanzi ai tribunali della patria originaria di avere ottenuto la naturalizzazione straniera, e sia stabilito in fatto la naturalizzazione ottenuta, i tribunali non debbano fare altro che accertare il fatto. Che se l'affermazione dell'ottenuta naturalizzazione all'estero fosse contestata, e si dovesse risolvere tale controversia, qualora il tribunale del paese ove l'interessato fosse stato naturalizzato, avesse deciso e avesse ritenuto acquistata la natu ralità, dovendo codesto tribunale essere considerato il solo competente a risolvere tale controversia, la sentenza da esso pronunciata a riguardo della nazionalità acquisita dovrebbe essere efficace anche per giustificare dinanzi ai tribunali della patria originaria la naturalizzazione ottenuta, imperocchè i tribunali della patria non dovrebbero essi risolvere la questione, ma constatare soltanto il fatto, ed esaminare se la giustificazione dovesse o no ritenersi fondata (1).

Ammettendo questi principii ne seguirebbe, che in qualunque maniera uno avesse potuto ottenere la naturalizzazione straniera, anche se l'avesse ottenuta quando non avesse avuto secondo la legge sua personale la capacità di naturalizzarsi, dovrebbe non pertanto essere sufficiente il constatare l'ottenuta naturalizzazione, onde ritenere immutata la condizione civile della persona. Codesta conseguenza però non si può conciliare coi generali principii del di-

---

(1) Confr. Bluntschli, *Dissertation à propos de l'affaire Bauffremont*, p. 7, extrait de la *Revue pratique de droit français*, tom. XLI, 1876, pag. 305 e seg.

ritto, imperocchè, soltanto nell'ipotesi che fosse stabilito tra tutti gli Stati un diritto uniforme a riguardo della naturalizzazione, sotto il rispetto delle condizioni che dovrebbero verificarsi per poterla legalmente domandare e ottenere, si potrebbe concedere che, quando fosse constatato che la naturalizzazione estera fosse stata acquisita, questo dovrebbe bastare senz'altro a fare considerare rotti i vincoli che univano la persona alla patria originaria. Questa sarebbe la giusta conseguenza del diritto spettante a ciascuno di mutare la patria e del diritto uniforme concordato tra gli Stati a riguardo delle condizioni per poterla mutare.

Nel fatto invece manca l'uniformità delle leggi riguardo alle norme per la naturalizzazione, e potendo così accadere che questa sia concessa secondo la legge di uno Stato, a chi non era capace di domandarla e ottenerla secondo la legge personale, è chiaro, che la concessione della naturalità ad un incapace deve essere reputato un fatto non giuridico di fronte alla legge della patria originaria, la quale, concedendo pure la facoltà di espatriare, non la concede, che a coloro soltanto, che siano capaci secondo la legge di esercitarla.

Supponiamo a modo di esempio che secondo la legge di uno Stato sia dichiarato capace ad ottenere la naturalizzazione chiunque abbia compiuti gli anni 21, e che uno straniero di anni 21 avesse domandato e ottenuto la naturalizzazione. Qualora costui fosse cittadino di un paese ove la maggior età sia fissata agli anni 24, non potrebbe addurre dinanzi ai tribunali della sua patria di avere legalmente ottenuta la naturalizzazione, imperocchè siccome secondo i principii del diritto internazionale la capacità giuridica di ciascuno dev'essere determinata a norma della legge dello Stato di cui esso sia cittadino, e siccome abbiamo supposto che a norma di codesta legge l'individuo non poteva essere reputato capace a naturalizzarsi all'estero, che quando avesse compiuto 24 anni, così ne consegue, che la naturalità in tali circostanze ottenuta dal minore di anni 21 dev'essere reputato un fatto non giuridico, e di niun effetto di fronte alla legge della patria di lui, tuttochè esso avesse ottenuto la naturalizzazione agli anni 21, e tale fatto fosse considerato giuridico a norma della legge del paese, ove fosse stato naturalizzato.

372. Stando nel medesimo ordine d'idee bisogna pure ammettere che, qualora una donna maritata e legalmente separata dal marito avesse ottenuto la naturalizzazione all'estero senza essere autorizzata da suo marito, nè dal tribunale, ed essa volesse far valere l'ottenuta naturalizzazione estera a fine di sostenere dinanzi ai tribunali della patria di dovere questi ritenere mutata la sua condizione civile, per quello che potesse concernere la sua cittadinanza, e la legge personale che da essa dipende, le sue istanze non potrebbero essere accolte. Supposto infatti che secondo la legge della patria la nazionalità della moglie si faccia dipendere da quella del marito, fino a tanto che sussista il vincolo coniugale, e che si ritenga questo tuttora sussistente, non ostante la sopravvenuta separazione personale, è chiaro, che non si possa ammettere che la donna maritata e separata possa a volontà naturalizzarsi all'estero, così come non si può ammettere, che questo possa essere fatto da una donna maritata, che conviva col suo marito.

L'avere in questo caso la donna ottenuta la naturalizzazione e legalmente secondo la legge estera, e l'avere il legislatore disposto, ad es., come il nostro dispone, che si deve ritenere perduta la cittadinanza da colui che abbia ottenuta la cittadinanza in paese estero, non sono di per sè stesse ragioni sufficienti per poterne dedurne dinanzi ai tribunali della patria, che questi debbano ritenere efficace a tutti gli effetti la naturalità ottenuta. Bisogna infatti considerare, che la disposizione della legge è fondata sul rispetto dovuto ad ognuno, che potendo disporre della sua personalità voglia mutare la sua patria. S'intende bene però, che quello che, ad es., il legislatore nostro dispone, non può essere suscettibile di essere applicato, che a coloro soltanto, che avendo la capacità legale di scegliersi una patria di loro elezione, abbiano ciò fatto, e si siano naturalizzati all'estero, ma potrà forse applicarsi la stessa regola rispetto a colui, che abbia ottenuta la naturalizzazione all'estero senza avere la capacità legale secondo la legge nostra? La naturalizzazione all'estero di un italiano, che non abbia la capacità legale per domandarla o ottenerla, concedendo pure che potesse essere un fatto giuridico per la sovranità straniera, potrà essere parimente un fatto giuridico rispetto a noi?

373. Ognuno comprende come la negativa sia la necessaria conseguenza dei giusti principii.

Non vale il dire che la naturalizzazione essendo un atto di sovranità del potere dello Stato che l'abbia concessa, ed essendo gli Stati autonomi nell'esercizio del potere sovrano, non potrebbero i tribunali della patria originaria disconoscere la naturalizzazione ottenuta, se la legalità della medesima fosse stata riconosciuta dai tribunali dello Stato, ove sia stata concessa, essendo essi i soli competenti per deciderne. In contrario si può infatti osservare, che l'autonomia degli Stati nel non rispettare i principii di giustizia internazionale non si può ammettere in principio. Riconosciamo solamente in fatto, che non si possa fare la guerra ad uno Stato che non si curi di rispettarli, e che non vi sono tribunali supremi, dinanzi a cui si possano chiamare gli Stati, che li violino. Riteniamo non pertanto, che rispettando pure l'autonomia, così come è intesa e fraintesa, non può essa essere ammessa fino al punto di attribuire a sovranità straniera il potere di disporre colle sue leggi circa la capacità legale dei cittadini di un altro Stato, e se la legge estera contro ogni principio avesse ritenuto, ad es., capace di naturalizzarsi un italiano, che non aveva la capacità legale per tale atto secondo la legge nostra, rispettando pure l'autorità di tale legge entro i confini del territorio straniero soggetto all'impero dell'estera sovranità, non si potrebbe mai sostenere che l'estera sovranità avesse potuto attribuire anche di fronte alla legge nostra la capacità legale ad un italiano, laonde deve conseguentemente ritenersi che la naturalizzazione ottenuta da un italiano in tali circostanze dovrà essere riguardata come un fatto non giuridico rispetto a noi.

Volendo ovviare ogni inconveniente in questa materia potrà riuscire opportuno di considerare come suprema regola di diritto internazionale quella che troviamo sancita coll'articolo 8 della legge per l'Impero germanico del 1° giugno 1870 che così dispone. « La naturalizzazione non dev'essere accordata agli stranieri, che allora quando essi siano capaci di disporre della loro persona secondo le leggi del paese, al quale primieramente appartenevano ».

Certamente se uno Stato limitasse la capacità di naturalizzarsi all'estero violando in ciò i principii del diritto internazionale (come

sarebbe il caso di una legge che negasse tale facoltà a colui che non avesse ottenuta l'autorizzazione del Governo) non sarebbe ragionevole di trovare nella disposizione di cotale legge una giusta causa di limitazione, ma se essa, disponendo circa la capacità di naturalizzarsi all'estero non violasse i principii del diritto internazionale, bisognerebbe riconoscerne l'autorità, in quello che limitasse la capacità.

374. La giusta conseguenza, di quanto abbiamo detto fino a questo punto, è, che la questione della validità e dell'efficacia di una naturalizzazione può essere risoluta a norma della legge dello Stato che l'abbia concessa, soltanto però in rispetto agli effetti che da essa possono derivare sul territorio di questo Stato, ma che rispetto alla patria originaria ed ai terzi Stati la validità deve ritenersi subordinata alla condizione principale della capacità della persona secondo la legge della patria, che si voglia abbandonare. Riteniamo poi che la competenza a conoscere, e risolvere tale questione di capacità debba essere attribuita ai tribunali della patria, dovendo questi essere reputati i più idonei a decidere le controversie relative al mutamento della cittadinanza originaria, da cui derivano importanti conseguenze personali e patrimoniali, e a riguardo dello stato della persona e a riguardo dei diritti ad essa spettanti nei suoi rapporti colla famiglia e col patrimonio familiare, e quindi, quando l'oggetto principale di una lite circa la validità della naturalizzazione, fosse quello della capacità a naturalizzarsi, si dovrebbero ritenere ognora sussistenti i vincoli colla antica patria, fino a tanto che i tribunali di questa non avessero deciso, che la persona aveva la capacità di espatriare.

375. Stando nel nostro ordine d'idee potrebbe sorgere a modo di esempio la questione se un minore italiano emancipato potesse validamente naturalizzarsi all'estero.

È certo che la legge nostra (art. 18) attribuisce il domicilio del padre al solo minore non emancipato, e quindi che l'emancipato può fissare il suo domicilio a piacimento.

Bisogna pure ammettere, che, potendo il minore emancipato fissare ovunque il domicilio, può fissarlo anche in paese straniero, non potendosi sostenere, che esso sia tenuto a fissarlo necessariamente nel territorio dello Stato.

Ora supponiamo che la legge estera attribuisca la cittadinanza dello Stato agli stranieri domiciliati per un dato numero di anni, e che allo straniero che abbia fissato il domicilio conferisca il diritto di domandare e di ottenere la naturalizzazione. Essendo il minore emancipato capace di fissare il domicilio all'estero, dovrà essere reputato parimente capace di domandare e ottenere ivi la naturalità?

In sostegno del diritto del minore si può addurre, che in materia di mutamento dell'originaria nazionalità non sono applicabili i principii del diritto comune circa la capacità giuridica a fare atti validi, imperocchè la libertà di espatriare essendo un diritto naturale, e i rapporti colla patria avendo per fondamento essenziale la volontà dell'uomo bisogna ammettere in massima, che ogni persona debba essere reputata capace di scegliersi liberamente la comunità politica e civile alla quale voglia appartenere, e che perciò le restrizioni giuridiche a tale facoltà non debbano ammettersi per presunzione, bensì debbano essere chiaramente stabilite per legge, e restrittivamente interpretate: che quantunque il minore finchè rimane soggetto alla patria potestà debba conservare la sua originaria cittadinanza, che è quella che il padre di lui aveva al momento della sua nascita, tale restrizione non possa pur tuttavia estendersi al minore emancipato, il quale non è soggetto in tutto alla patria potestà, che anzi a tale riguardo esso è anticipatamente liberato da certi vincoli di soggezione ed è posto nella medesima condizione che il maggiore, in conseguenza dell'avere il nostro legislatore disposto (art. 220) che il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o all'emancipazione: che il minore emancipato sia libero di disporre della sua persona, e che, salvo le espresse restrizioni prescritte per legge, esso possa prendere uno stato, e così non potrebbe essere impedito ad esso di arrolarsi volontariamente in un'armata straniera: che potendo egli scegliere il suo proprio domicilio, e fissarlo all'estero debba essere reputato parimente capace di profittare di tale facoltà e di naturalizzarsi nel paese, nel quale abbia fissato il domicilio, e che a naturalità da esso ottenuta in tali circostanze debba essere reputata valida ed efficace, anche di fronte alla sua patria originaria.

In contrario si può osservare, che la facoltà di fissare il domi-

cilio dovunque e anche all'estero non implica la facoltà di naturalizzarsi ivi, che anche la donna maritata legalmente separata ha il diritto di scegliere il proprio domicilio e di stabilirlo anche all'estero, ma che non pertanto, siccome noi stessi abbiamo dimostrato, non può essere attribuita ad essa la facoltà di naturalizzarsi all'estero e di acquistare così durante il matrimonio una cittadinanza diversa da quella del marito di lei, che il minore emancipato può fare da sè tutti gli atti soltanto, che non eccedano la semplice amministrazione, per tutti gli altri poi è sempre richiesta oltre il consenso del curatore l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 317-319 Cod. civ.): che il mutamento della cittadinanza possa equivalere all'alienazione di certi diritti patrimoniali, essendochè mutata colla cittadinanza la legge regolatrice della condizione giuridica della persona e dei suoi diritti privati, questi potrebbero secondo la legge della patria elettiva essere minori di quelli spettanti secondo la legge della patria originaria: che la legge non concede all'emancipato una libertà assoluta, ma invece essa vuole che negli atti più gravi della vita l'emancipato sia assistito, così egli non potrebbe esercitare il commercio (art. 9 Codice comm.), non potrebbe acconsentire all'adozione senza il consenso dei genitori, nè contrarre matrimonio e via dicendo. Ora se per tutti gli atti più gravi della vita civile la legge esige, che l'emancipato sia assistito, come puossi concedere ad esso la facoltà di compiere da solo un atto tanto grave, come è quello del naturalizzarsi all'estero: che finalmente il concetto dell'unità della famiglia, sul quale riposa l'uniformità della condizione civile dei figli soggetti alla stessa autorità paterna, uniformità che si è cercato attuare ammettendo come regola che i figli devono seguire la condizione del padre fino a tanto che non siano divenuti maggiori, verrebbe a mancare, se si ammettesse che il minore emancipato potesse naturalizzarsi, e mutare così la legge regolatrice della sua capacità e dei suoi diritti personali.

376. Non giova disconoscere che sono gravi codesti argomenti, noi opiniamo non pertanto che il minore emancipato italiano possa acquistare la naturalità straniera. Non è solo dalla sua facoltà di fissare all'estero il domicilio che noi deduciamo tale suo diritto, bensì riteniamo che esso debba ritenersi fondato sulla facoltà ad esso spettante di

disporre liberamente della sua persona, e sulla considerazione che il diritto di scegliere e di mutare la patria è un diritto personale dell'uomo.

La donna maritata non può naturalizzarsi all'estero, tuttochè sia legalmente separata, perchè essa non può da sola mutare i rapporti personali col marito, i quali, siccome derivano dal vincolo coniugale, così devono essere considerati permanenti finchè codesto vincolo sussista. Il principio dell'unità della famiglia non può poi valere fino al punto da disconoscere la personalità dell'emancipato, e togliere al medesimo la facoltà che è inerente allo stato stesso di lui, che consiste in una anticipata liberazione da certi vincoli di soggezione al padre. Potendo disporre liberamente della sua persona può servirsi di questo diritto per ottenere la naturalità straniera.

377. I vincoli che legano ciascuno alla patria, ci sembrano del resto sacri e intimi, come quelli che legano l'uomo al sovrannaturale. Così come il minore emancipato può scegliere la sua religione, così deve potere liberamente scegliere la sua patria. Anzi aggiungiamo, che consideriamo cotesto diritto tanto essenzialmente personale, che riteniamo che lo stesso minore non emancipato possa valersi di certi espedienti consentiti dalla legge per scegliersi una patria di elezione diversa da quella del padre. Egli non potrebbe al certo naturalizzarsi, perchè non potendo abbandonare la casa paterna, e non potendo avere un domicilio diverso da quello del padre non potrebbe essere reputato capace a fare ciò; egli però potrebbe conseguire indirettamente il suo intento arruolandosi nell'esercito straniero. La legge nostra dispone infatti, che la cittadinanza italiana si perde da colui che senza permissione del Governo sia entrato al servizio militare di Potenza estera; in conseguenza, se il figlio minore avesse potuto di fatto arruolarsi all'estero, dovrebbe essere reputato rispetto a noi straniero, tuttochè il padre di lui continuasse ad essere reputato cittadino.

Per quello che può riflettere l'effetto, che deriva dalla naturalizzazione ottenuta all'estero, per tutto ciò che concerne il mutamento della legge regolatrice dei rapporti di famiglia, bisogna tener conto

di quanto fu già detto innanzi a riguardo degli effetti del mutamento di cittadinanza rispetto allo statuto personale (1).

378. Ora vogliamo considerare con quali norme debbano essere regolati gli effetti della naturalizzazione ottenuta, quando la validità di essa non sia contestata.

Per quello che può riguardare la condizione della moglie di uno, che abbia ottenuto la naturalità straniera, gioverà tener presente quello che fu esposto innanzi (2), e così pure pel figlio minore del medesimo (3).

Per quanto poi si riferisce alla persona stessa del naturalizzato, notiamo, che l'effetto immediato della naturalità si è quello di assimilare del tutto il naturalizzato al cittadino dello Stato, o di assimilarlo con certe limitazioni, così come dispone la legge di codesto Stato, e di mutare la sua legge personale, sostituendo a quella della sua patria anteriore quella del paese ove fu ottenuta la naturalità. Bisogna però tener presente, per tutto quello che concerne i rapporti privati del naturalizzato coi terzi e coi membri della famiglia, alla quale appartenga, che la legge regolatrice di cotesti rapporti sarà quella della patria anteriore o quella della patria elettiva, secondochè si tratti di diritti acquistati nell'una o nell'altra. In ogni caso tali rapporti di fronte alla legge dei due Stati devono essere considerati così come sono considerati i rapporti di diritto privato di fronte ad una legge nuova, che abbia modificata quella anteriore, dalla quale essi erano regolati.

379. Bisogna inoltre ritenere, che tutto quello che abbiamo detto circa gli effetti della naturalizzazione può valere, quando la naturalità estera sia stata acquisita completamente, e sempreché si tratti di vera e propria naturalizzazione, la quale importa l'assimilazione dello straniero al cittadino nei suoi rapporti colla sovranità e nel godimento dei diritti politici.

---

(1) Vedi § 349 e seg.
(2) Vedi § 338.
(3) Vedi § 340.

Conseguentemente non si possono applicare le stesse norme in tutti quei casi, nei quali in virtù di un atto della pubblica autorità sia stato pure concesso allo straniero di godere diritti a pari condizioni del cittadino, se un tale atto non sia per la sua natura giuridica atto vero e proprio di naturalità.

Secondo la legge inglese, ad esempio, oltre l'atto vero e proprio di naturalità, che produce la conseguenza di assimilare lo straniero al cittadino, evvi pure quello che pone lo straniero nella posizione di *denizen*, e del quale conviene ben comprendere la natura a fine di valutare le conseguenze giuridiche che può produrre.

Nella Gran Bretagna, come è stato già detto, lo straniero non poteva acquistare beni immobili, nè fondare stabilimenti industriali. Al godimento di questi diritti potevano essere ammessi soltanto coloro, che avessero ottenuto la qualificazione giuridica di *denizen* in forza delle lettere reali, prima della legge del 1844, o in forza del certificato a tale oggetto rilasciato dal Segretario di Stato, dopo che questa legge andò in vigore. Colui, che aveva ottenuto tale certificato, acquistava il diritto di divenire proprietario degl'immobili o mediante atto tra i vivi, o mediante disposizione testamentaria; esso non acquistava però il diritto di succedere *ab intestato*. È meritevole di essere notato che il *denizen*, oltre al godimento dei diritti privati compresi in quello di proprietà, acquistava altresì certi diritti politici e specificamente quelli, l'esercizio dei quali è connesso secondo la legge inglese alla proprietà della terra; così esso non poteva essere eleggibile, ma poteva godere il diritto di elettorato. Il *denizen* era tenuto a prestare il giuramento di fedeltà: di *allegiance*.

È stato più volte oggetto di discussione dinanzi ai tribunali francesi, se il *denizen*, che fosse stato prima francese, avesse dovuto essere reputato rispetto alla Francia nella stessa condizione di colui, che avendo acquistato la naturalità straniera, fosse venuto così a perdere la condizione di cittadino francese; e quei tribunali hanno sempre deciso, che la nazionalità originaria non possa ritenersi perduta, che pel dato e fatto dell'avere acquistato effettivamente la naturalità straniera, e che tale effetto non poteva essere attribuito al certificato, che avesse dichiarato lo straniero *denizen*, perchè questi non veniva in virtù di

tale dichiarazione ad essere assimilato al cittadino britannico (1), per lo che codesto atto non poteva essere reputato equivalente all'effettiva naturalizzazione.

Tale questione non ha perduta la sua importanza oggi, che lo straniero può acquistare in Inghilterra i beni immobili a norma della legge del 1870, imperocchè può bene verificarsi il caso di uno, che avesse acquistato la condizione di *denizen* prima che la detta legge fosse stata pubblicata, o che l'acquistasse, mentre essa è in vigore, essendo tuttora a norma di essa in facoltà della Corona di accordare la qualità di *denizen* ad uno straniero.

Il *denizen* dev'essere reputato nella medesima condizione del naturalizzato? Deve forse ammettersi che nella stessa guisa che la naturalità effettiva importa la perdita della nazionalità originaria: il mutamento della legge personale: e tutti gli altri effetti che abbiamo mentovati, così debba accadere in conseguenza dell'avere uno ottenuto nella Gran Bretagna la qualità di *denizen* in virtù del certificato?

La ragione di dubitare trova il suo fondamento in questo, che il *denizen* essendo tenuto a prestare il giuramento di *allegiance* non è veramente nella medesima condizione di colui, che abbia ottenuto l'autorizzazione di fissare il domicilio in un paese, onde ottenere così ivi il godimento dei diritti civili. Se così fosse, sarebbe facile eliminare il dubbio, imperocchè l'autorizzazione a stabilire il domicilio, onde godere tutti i diritti civili concessi ai cittadini, assimila effettivamente a questi lo straniero, ma nella cerchia soltanto dei diritti privati ad essi spettanti. Tale condizione giuridica non importa il mutamento dello stato pubblico della persona, che ottenne la autorizzazione, imperocchè l'autorizzazione a fissare il domicilio nello Stato è di per sè stessa rivocabile (2), e quindi lo stato acquisito è temporaneo. Essa è poi subordinata alla condizione, che lo straniero fissi il domicilio, e produce certi vantaggi, finchè il domicilio fissato sia conservato (3). È

(1) Cass. fr. 19 janvier 1819; 29 août 1822; Paris, 27 juin 1859; Cass., 16 fév. 1875, *Journ. du Palais* e la Nota di Labbé, 1875, p. 481.

(2) Vedi per la Francia la legge del 3 dicembre 1819, art. 3.

(3) Vedi per la Francia l'art. 13 del Codice civile.

naturale che lo straniero, che voglia fissare il domicilio, non debba essere obbligato a prestare il giuramento di fedeltà onde godere il vantaggio dell'autorizzazione ottenuta, e che questa non debba importare nessun mutamento a riguardo dello stato politico e dei rapporti di diritto pubblico, e conseguentemente non possa equiparare lo straniero autorizzato a stabilire il domicilio al naturalizzato.

Rispetto allo straniero *denizen* viene a verificarsi qualche cosa di più, imperocchè questi ottiene il godimento di quei diritti politici, che sono connessi col diritto di proprietà della terra, ed è tenuto al giuramento di fedeltà, le quali cose possono far supporre il mutamento dei rapporti di diritto pubblico, e fare considerare il *denizen* in una condizione somigliante a quella del naturalizzato: lo che renderebbe poi applicabile, a colui che in tale condizione si trovasse, le stesse regole che si applicano al naturalizzato.

380. Bisogna però considerare, che il *denizen* non è assimilato effettivamente al cittadino nel godimento dei diritti politici, ma solamente nel godimento di quelli, che sono connessi colla proprietà della terra, e che il giuramento di fedeltà, che egli presta, non ha lo stesso carattere e la stessa natura di quello prestato dal naturalizzato; esso è piuttosto un atto ispirato dal concetto di subordinazione feudale, che trova la sua ragione nelle tradizioni feudali, che predominano in tutto l'organismo della proprietà della Gran Bretagna.

Che la condizione del *denizen* non possa essere equiparata a quella, che deriva dalla naturalità, risulta dalla natura stessa delle cose. Il *denizen* infatti non è assimilato del tutto al cittadino originario neanche nel godimento dei diritti privati, essendochè esso non acquista il diritto di succedere *ab intestato*. Esso non è poi assimilato nel godimento dei diritti politici, essendochè non ha il diritto di eleggibilità, gode bensì del solo diritto di elettorato, ma può goderne nel territorio soltanto in cui possiede la terra, a cui tale diritto è connesso, e non già in tutti i possedimenti britannici. In essi il *denizen* non è equiparato al cittadino inglese, ma è invece riguardato come uno straniero.

Quello poi che caratterizza meglio la natura giuridica della condizione dello straniero *denizen*, è questo, che cioè i diritti da esso acquistati sono subordinati alla condizione che esso dimori nel terri-

torio britannico, per lo che avviene, che ogni beneficio venga a perdersi in conseguenza dell'assenza protratta per un certo tempo. Ora si comprende chiaramente, che lo straniero, che sia proprietario di terra, possa esercitare i diritti che secondo la legge inglese sono annessi alla proprietà della terra, qualora esso vada a dimorare nel territorio britannico, e mediante il giuramento faccia atto di sottomissione alla legge, e di devozione agl'interessi territoriali. Egli arriva ad avere tale vantaggio in virtù del certificato, che gli attribuisce la condizione di *denizen*, ma può goderne finchè dimori effettivamente nel territorio soggetto a S. M. britannica.

Dalle quali cose tutte chiaro apparisce, che la condizione del *denizen* è sostanzialmente diversa da quella del naturalizzato, e che perciò non si può ammettere, che le conseguenze giuridiche che derivano dalla naturalizzazione effettiva si debbano ritenere verificate rispetto al *denizen*. Così ci sembra che un italiano, il quale avesse ottenuto il certificato dell'autorità inglese competente per essere qualificato *denizen*, e che non avesse fatta alcuna dichiarazione a norma del nostro codice civile di voler rinunziare alla cittadinanza nostra, continuerebbe ad essere reputato italiano, e per tutte le questioni che potessero concernere il suo stato personale, i suoi rapporti di famiglia, e la successione, dovrebbe in Italia essere applicata al medesimo la legge nostra, così come sarebbe applicata a qualunque persona che avesse stabilito il domicilio legale all'estero senza avere perduta la cittadinanza italiana.

Non varrebbe addurre che a norma del nostro codice debba ritenersi perduta la cittadinanza italiana senza bisogno di espressa rinuncia, da colui che abbia acquistato la naturalità all'estero, imperocchè questo debba certamente ammettersi in ogni caso, nel quale un italiano abbia acquistato in un paese straniero la naturalità effettiva; ma siccome non si può dire che il *denizen* acquisti effettivamente la naturalità inglese, come abbiamo dimostrato, così bisogna ammettere, che l'italiano *denizen* in Inghilterra non sia nella condizione di colui, che *ipso jure* abbia perduta la cittadinanza italiana.

381. Con più ragione devono applicarsi codesti principii ad un italiano, che per esercitare il commercio in un paese straniero sia

stato astretto a ottenere ivi la borghesia. Così ad esempio avveniva secondo la legge di Hamburgo, ove lo straniero che voleva esercitare il commercio, era tenuto a prendere la qualificazione della borghesia, la quale era a lui concessa mediante lettere patenti e sotto condizione che esso prestasse il giuramento di fedeltà. Anche quando una data qualificazione sia concessa allo straniero, che voglia esercitare certi diritti privati e certi diritti pubblici attribuiti ai cittadini, sotto la condizione del giuramento di fedeltà, questo fatto non deve essere reputato sufficiente a fare equiparare l'atto che concede il godimento di quei determinati diritti alla naturalità vera e propria.

A fine di comprendere la natura di codesto giuramento (che può essere richiesto secondo le leggi di alcuni paesi dallo straniero, che voglia essere ammesso ad esercitare il commercio, o ad acquistare la proprietà dei beni immobili o altri diritti somiglianti), bisogna riportarsi ai tempi, nei quali ogni diritto era negato allo straniero, e quando il rapporto di *allegiance* derivava dall'essere proprietario di terra nei territori soggetti al signore. Nei paesi, che non hanno ancora mutata la loro legislazione informata ai principii feudali, il giuramento può essere pure richiesto, o come omaggio di soggezione al Sovrano, a cui appartiene tutta la terra: o come misura di polizia, a fine di ottenere dallo straniero la garanzia che non sarà per tradire gl'interessi del paese, in cui trovasi stabilito per esercitare il commercio: o per godere la terra di cui sia divenuto proprietario. Conviene quindi apprezzare tali atti secondo la loro propria natura, e non voler trovare in essi il carattere che deriva dalla naturalità effettiva, la quale solamente può produrre di per sè stessa la perdita della cittadinanza originaria, e il mutamento della legge regolatrice dello stato personale.

§ 2°.

Della naturalizzazione collettiva che consegue dalla cessione e dall'annessione di un territorio.

382. Le cessioni territoriali in rapporto alla naturalizzazione. — 383. In quale caso ne consegue la naturalizzazione collettiva degli abitanti. — 384. L'annessione non produce *ipso facto* il mutamento della cittadinanza. — 385. Come i diritti della sovranità possono essere conciliati

con quello spettante a ciascun uomo di non essere privato forzatamente della cittadinanza acquisita. — 386. Se le conseguenze del trattato di cessione devono essere estese ai nativi soltanto o ai domiciliati nel territorio ceduto. — 387. Criterii prevalsi nel trattato per la cessione di Nizza e della Savoia, e osservazioni critiche. — 388. Criterii prevalsi nel trattato di cessione dell'Alsazia e della Lorena. — 389. Condizioni alle quali dovrebb'essere subordinato il diritto di ottare a riguardo del termine per esercitarlo. — 390. Dell'obbligo di trasferire il domicilio per conservare la cittadinanza originaria. — 391. Dell'obbligo di alienare gl'immobili. — 392. Decadenza dal diritto di ottare. — 393. Se a riguardo dei minori il diritto di ottare debba essere attribuito al padre o ai loro rappresentanti legali. — 394. Inconvenienti che sono derivati nella pratica rispetto ai minori di Nizza e Savoia. — 395. Nostra opinione su tale controversia. — 396. Del diritto di ozione della donna maritata. — 397. Come nei trattati di cessione non siano stati rispettati i giusti principii. — 398. Interpretazione data alla parola nativi « *originaires* ». — 399. Applicazione del concetto risultante dall'interpretazione ai nativi di Nizza e della Savoia, e a quelli nati in altre provincie italiane da genitori nizzardi o savoiardi. — 400. Se i figli minori dei savoiardi o nizzardi nati fuori delle provincie cedute siano francesi o italiani. — 401. Come i principii esposti possono valere per applicare il trattato del 1871 tra la Francia e la Germania. — 402. Come debba applicarsi il trattato del 1860 a coloro che erano nati nelle provincie italiane cedute alla Francia da genitori nati altrove. — 403. Come il decreto francese del 30 giugno 1860 modificò in parte le contradizioni che seguivano dal trattato, e come tale decreto debba essere interpretato. — 404. Le regole sancite col trattato di cessione non possono essere modificate con legge interna. — 405. Come debba essere interpretato l'articolo 1° del decreto francese del 30 giugno 1860. — 406. Della condizione degli abitanti del territorio ceduto, se nulla fosse stato disposto nel trattato di cessione. — 407. Della competenza a riguardo delle controversie relative alla naturalizzazione e dell'efficacia delle risoluzioni dell'autorità amministrativa.

382. Il mutamento di cittadinanza può essere la conseguenza della cessione di un territorio da parte dello Stato a cui esso prima apparteneva, e della sua annessione allo Stato a cui il territorio sia stato ceduto. Questo fatto produce rispetto agli abitanti di codesto territorio sotto certe condizioni, che ora esporremo, una specie di naturalizzazione collettiva (1).

(1) Vedi Herbaux, *De la qualité de Français acquise ou perdue par suite d'une annexion du territoire ou son démembrement.* — Folleville

Le cessioni territoriali possono essere volontarie o forzate, secondo che esse siano liberamente concordate durante la pace, o imposte dal vincitore, e accettate dal vinto, in conseguenza di una vittoria e come condizione della pace. Non è qui il luogo di discorrere intorno a tal soggetto, nè di discutere i principii che dovrebbero regolare la validità di una cessione e dell'annessione di un territorio ceduto (1). Qui dobbiamo esaminare soltanto il fatto che ne risulta, quello cioè della naturalizzazione generale e collettiva di tutti coloro che abitino il territorio annesso.

L'annessione, siccome opera *ipso facto* l'acquisto dei diritti di sovranità territoriale da parte dell'uno, e la perdita di quelli che prima gli spettavano da parte dell'altro, e tale effetto si produce necessariamente a contare dal giorno in cui l'annessione sia divenuta effettiva e reale, così deve operare altresì il mutamento dei rapporti di diritto pubblico tra coloro che abitino il territorio annesso, e la sovranità su di esso imperante. Il mutamento della naturalità degli abitanti deve essere quindi considerato come la necessaria conseguenza del mutamento della sovranità territoriale.

Bisogna però notare, che noi diciamo questo, ritenendo che la cessione e l'annessione abbiano operata la separazione e l'unione reale del territorio ceduto. Se mai accadesse, che una o più provincie fossero unite ad uno Stato con quella forma che si denomina unione personale, siccome questa forma di unione attribuisce alla stessa persona i diritti di sovranità sul territorio, che formava da prima lo Stato, e su quello che sia passato sotto l'impero dello stesso sovrano, ma non implica l'aggregazione reale e effettiva del nuovo territorio all'antico, ma lascia invece distinta la personalità dell'antico Stato e quella dell'altro ad esso unito, così in tale evenienza non si potrebbe dire, che tale forma di unione dovesse produrre la naturalità collettiva di tutti coloro, che alle provincie unite appartenessero, ma fa invece, che cia-

---

De la naturalisation. — GOGORDAN, *La nationalité.* — WEISS, *Traité de droit international privé.*

(1) Vedi la mia opera: *Trattato di diritto internazionale pubblico*, vol. 2° (3ª edizione), cap. IX del Libro III.

scuno conservi la propria cittadinanza. Così, a modo di esempio, quando il Regno di Annover e quello d'Inghilterra erano uniti colla forma dell'unione personale, in conseguenza dell'essere essi sotto l'impero dello stesso sovrano, che era Re d'Inghilterra e Re di Annover, i cittadini di Annover non divennero, a contare dal giorno in cui tale forma di unione ebbe luogo, cittadini inglesi, nè si verificò, in conseguenza di tale avvenimento, la naturalizzazione collettiva degli annoveresi.

383. La naturalizzazione collettiva e generale, che viene a verificarsi in conseguenza dell'unione, ha quindi luogo soltanto, quando si tratti di vera e propria annessione, la quale importa l'incorporazione reale ed effettiva delle provincie cedute allo Stato, così come è avvenuto dell'Alsazia e della Lorena, e di Nizza e Savoia, le quali oggi fanno parte dell'Impero germanico le prime, della Francia le altre. Devesi reputare sotto questo rispetto indifferente, se l'annessione sia avvenuta in conseguenza della cessione forzata imposta come condizione della pace, ovvero se essa sia stata volontariamente concordata durante la pace, come è accaduto per Nizza e Savoia. Siccome è sempre il trattato di cessione stipulato e debitamente ratificato dal pubblico potere, quello che può rendere la separazione e l'annessione di un territorio effettivo e reale, così non occorre che noi ci fermiamo in questo luogo a discutere le ragioni che abbiano potuto motivare il trattato di cessione: quello che deve reputarsi in ogni caso indispensabile si è, che una provincia, o una parte qual si fosse di territorio, sia stata effettivamente e legalmente riunita ad uno Stato, in maniera che essa sia venuta a formar parte del territorio soggetto all'impero del sovrano dello Stato.

384. La prima cosa che dobbiamo notare in ordine all'annessione si è, che essa produce *ipso facto* dal momento in cui debba ritenersi legalmente compiuta, la cessazione dei diritti di sovranità da parte dello Stato cedente, e l'acquisto di essi da parte dello Stato cessionario, ma non possiamo ammettere che essa debba produrre *ipso facto* la naturalizzazione collettiva di tutti coloro, che appartenevano prima allo Stato cedente, e che si trovino nel territorio ceduto. Possiamo concedere, che sia una conseguenza inevitabile della natura stessa

delle cose, che coloro che formano la popolazione effettiva di un territorio annesso ad uno Stato debbano essere soggetti alla sovranità, su di esso imperante, ma bisogna conciliare codesta suprema necessità coi diritti della personalità umana, ed escludere quindi l'idea che tutta la popolazione possa subire *ipso facto* la naturalizzazione collettiva e forzata, altrimenti ne seguirebbe, che, coloro che formassero la popolazione del territorio ceduto, verrebbero ad essere considerati come un accessorio di esso.

Avendo più volte detto e dimostrato che il diritto di conservare e di mutare la cittadinanza è un vero diritto dell'uomo, e che esso è uno dei diritti personali, di cui solo la persona può disporre, ne consegue, che, anche quando avvenga l'annessione, codesto diritto deve essere rispettato, non potendosi attribuire alla sovranità non solo la facoltà di rinunciare ai suoi diritti sul territorio, ma quello altresì di disporre a volontà della condizione giuridica delle persone che formano la popolazione di esso. A noi quindi sembra, che per essere conseguenti si debba stabilire in principio, che la cessione e l'annessione di un territorio non importino *ipso facto* la naturalizzazione reale generale e collettiva di tutti coloro che ne formino la popolazione, ma che debba essere lasciata a ciascuno libera facoltà di scegliere fra la cittadinanza originaria o la nuova, vale a dire ottare per l'una o per l'altra, facendone la dichiarazione entro un termine prefisso per legge.

385. Nell'applicare questa regola sorge per altro una grave difficoltà, se cioè, fino a tanto che ciascuno non abbia esercitato il diritto di ottare, si debba presumere che esso abbia conservata la cittadinanza originaria, sotto la condizione risolutiva di essere reputato cittadino della nuova patria, se non otti per conservare l'antica, o se debba invece ritenersi avvenuta la naturalizzazione collettiva sotto la condizione sospensiva rispetto a ciascuno di riacquistare la cittadinanza originaria ottando per essa entro il termine prefisso.

Risolvendo la proposta questione nella prima maniera, ne seguirebbe il grave inconveniente, che lo Stato, a cui il territorio ceduto fosse stato annesso, verrebbe ad acquistare una sovranità nominale a cagione del dovere considerare la popolazione in rapporto colla sovranità dello Stato cedente, lo che non potrebbe ammettersi nei rapporti

internazionali senza attentare gravemente all'efficacia dell'annessione e ai diritti e agli interessi dello Stato cessionario.

A fine di rendere l'annessione effettiva e reale parrebbe più consentaneo alla natura delle cose, che il trattato di cessione dovesse produrre ogni effetto nel momento in cui fosse stato legalmente ratificato, vale a dire non solo il mutamento della sovranità territoriale, ma quello altresì della condizione delle persone, salvo solo il diritto di riacquistare l'originaria cittadinanza facendone la dichiarazione, lo che importerebbe di risolvere la questione nella seconda maniera.

Reputiamo però opportuno far notare, che codesta soluzione implicherebbe un inconveniente non meno grande di quello che ne seguirebbe se si accettasse la prima soluzione. Ciascuno infatti sarebbe a sua insaputa dichiarato straniero per un fatto della sovranità, e tale mutamento importerebbe il mutamento della condizione giuridica di esso, e dello stato personale; e qualora poi la persona, valendosi del diritto ad essa riservato di ottare per la conservazione della cittadinanza originaria, preferisse di scegliere questa, tale scelta fatta entro il termine legale produrrebbe l'effetto di un nuovo mutamento di condizione giuridica, e dello stato personale.

Volendo rispettare il principio della libera facoltà a ciascuno spettante di appartenere alla patria, e di non essere privato di essa contro sua volontà espressa, e conciliare d'altra parte codesto diritto coi diritti e gl'interessi della sovranità, ci sembra che il meglio sarebbe di distinguere in codesto caso eccezionale quello che concerne lo stato pubblico dell'individuo, da quello che concerne il suo stato privato. Ammettiamo che l'annessione, a contare dalla data della ratifica del trattato, debba produrre *ipso facto* il mutamento necessario e collettivo dell'*allegiance*, sostituendo a quella che legava ciascuno alla sovranità dello Stato cedente, quella che viene a stabilirsi, col fatto dell'annessione, colla sovranità dello Stato cessionario. Per quello poi che concerne la condizione giuridica delle persone nel campo del diritto privato, e nei rapporti collo statuto personale, bisognerebbe ammettere, che la condizione di ciascuno, che formasse parte della popolazione del territorio annesso, dovesse restare immutata fino alla decorrenza del termine sotto la condizione risolutiva della perdita

della cittadinanza antica e dell'acquisto della nuova, qualora decorresse il termine senza che la persona si fosse avvalsa del diritto di ottare.

In questa maniera ci sembra che i diritti della sovranità possano essere conciliati con quelli delle persone. D'altra parte poi volendo guarentire il diritto di *conservare* la cittadinanza originaria, bisogna pure ammettere che la persona non debba perderla e riacquistarla, ma piuttosto che la sua condizione giuridica debba ritenersi immutata, fino a che essa non si sia avvalsa del diritto di ottare e di stabilire così definitivamente la sua cittadinanza.

386. Nell'applicare i principii da noi propugnati, possono sorgere varie difficoltà, e rispetto alle persone alle quali devono essere estese le conseguenze del trattato di cessione, per quello che possono riguardare il mutamento di cittadinanza, e rispetto alle condizioni che devono regolare la decadenza dal diritto di ottare, che abbiamo detto dover essere a ciascuno riservato.

Fa d'uopo ritenere in principio, che le persone, che possono essere involte nelle conseguenze della cessione, devono essere quelle che abbiano qualche rapporto col territorio ceduto, il quale rapporto si potrebbe desumere dalla circostanza dell'essere esse nate in quella parte del territorio dello Stato che fosse stato ceduto, o da quella dell'essere esse in tale parte domiciliate.

La nascita è senza dubbio il fatto primordiale più decisivo, dal quale deriva quel rapporto che lega ciascuno al paese nativo, e siccome esso è di per sè stesso il legame più stretto, il più antico e il più persistente, così può sembrare che esso debba essere considerato il criterio più sicuro per stabilire in principio che ogni persona debba seguire le vicissitudini del suo luogo nativo, qualora sia per avvenire che questo passi sotto il dominio di un'altra sovranità.

Bisogna non per tanto considerare, che la sede della persona giuridica è nel luogo ove essa ha la sede stabile e il centro dei suoi affari ed interessi, vale a dire colà ove essa fissa il suo domicilio, che il rapporto che mediante questo viene a stabilirsi, non rompe del tutto quel legame superiore che vincola ciascuno al luogo nativo, ma che non di meno la popolazione effettiva di ogni paese viene ad essere

formata da tutti coloro, che in esso hanno dimora stabile, e che ivi esercitano la loro attività e i loro diritti, e che, siccome il sovrano dello Stato, a cui un territorio straniero sia annesso, ha diritto di esigere, che la popolazione effettiva di questo non sia formata da stranieri, così è ragionevole che le conseguenze dell'annessione debbano estendersi a preferenza a tutti coloro che nel territorio ceduto siano domiciliati.

D'altra parte poi è opportuno considerare, che le persone che devono seguire a preferenza le vicissitudini del territorio, quelle devono essere che lo abitino in modo permanente, e che sono legate ad esso a cagione dell'avere ivi la sede principale di tutti i loro proprii interessi, e dell'essere ivi stabilite colle loro famiglie. Per le quali cose tutte alcuni hanno sostenuto (1) che non alla nascita ma che al domicilio bisogna riferirsi a preferenza per decidere quali siano le persone che devono subire la naturalizzazione collettiva in conseguenza della cessione di un territorio.

I gravi argomenti che giustificano la preferenza dell'uno o dell'altro criterio hanno suggerito ad altri di non attenersi nè al criterio dell'origine nè a quello del domicilio esclusivamente, ma di prendere in considerazione l'un fatto e l'altro alternativamente, ammettendo che le conseguenze della cessione debbono essere estese a tutte le persone, che siano legate al territorio ceduto o per l'origine o pel domicilio.

387. Codesto partito prevalse quando si trattò di determinare le conseguenze della cessione delle provincie italiane alla Francia nel 1860. Il trattato del 24 marzo che regolò la cessione di Nizza e della Savoia, dispone infatti che le disposizioni relative alla conservazione o alla perdita della cittadinanza italiana, dovessero essere applicate agli originarii o domiciliati nelle provincie cedute: « les sujets sardes originaires de la Savoie, et de l'arrondissement de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces provinces ».

Codesto sistema conduce però a far subire la perdita della cittadinanza, sotto le condizioni determinate dal trattato, a tutti coloro che

---

(1) Demolombe, *Cours du droit civil*, t. I, n° 157; Marcadé, t. I, n° 123

siano nati nel territorio ceduto, tuttochè abbiano fissato il domicilio in una parte qualsiasi dello Stato cedente, e del quale di pieno diritto devono essere reputati cittadini. Codesta conseguenza ci sembra veramente onerosa rispetto ad essi, imperocchè dovendo la cittadinanza dipendere sempre dalla volontà della persona, e dovendosi ammettere in principio la presunzione che ciascuno voglia conservare la cittadinanza acquisita fino a dichiarazione contraria, se ne deve dedurre, che il semplice fatto della nascita non può essere considerato decisivo a produrre il mutamento forzato della cittadinanza in conseguenza della cessione, rispetto a coloro, che, benchè nati sul territorio ceduto, siansi stabiliti in un'altra provincia dello Stato, e ivi permangono come cittadini di esso. Come giustificare rispetto a costoro il mutamento necessario della cittadinanza in conseguenza del mutamento della sovranità del territorio da essi abbandonato e ove non sono domiciliati? Più ragionevole è il presumere, che essi debbano essere considerati tuttora quali cittadini dello Stato cedente fino a dichiarazione espressa in contrario.

Ci sembra parimente oneroso l'involgere nelle conseguenze del trattato tutti i domiciliati, quantunque a vero dire, se dovessimo deciderci a scegliere l'uno o l'altro fatto come decisivo, inclineremmo a dare la preferenza a quello del domicilio.

Diciamo non per tanto che tale fatto preso da solo, può importare un onere non giustificato, perchè il dimorare stabilmente in un luogo non può essere di per sè stesso decisivo per costringere forzatamente una persona a seguire le vicissitudini del territorio. Oggi si ammette che si possa essere domiciliato, e straniero. Riteniamo conseguentemente che secondo la logica delle cose il meglio sia di facilitare, tutto al più, ai nativi delle provincie cedute, che siano domiciliati in un'altra parte dello Stato cedente, di acquistare mediante dichiarazione espressa la cittadinanza dello Stato cessionario, e concedere la stessa facilitazione ai domiciliati nel territorio ceduto, che fossero nativi di altre provincie dello Stato cedente (1), ma ritenere in principio, che le con-

(1) Lo Stato cessionario potrebbe, a modo di esempio, con una legge speciale promulgata disporre che le facilitazioni accordate a coloro che

seguenze della cessione, per quello che esse concernono il mutamento della cittadinanza originaria, debbano essere estese a coloro soltanto che siano nativi del territorio ceduto, e che in esso siano domiciliati al momento in cui la cessione abbia luogo.

388. Codesto partito prevalse quando fu stipulata la cessione della Alsazia e della Lorena. Nel trattato infatti concluso fra la Germania e la Francia il 10 maggio 1871 fu così disposto: « les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ces territoires » colla quale disposizione, essendo stata soppressa l'alternativa *ou*, fu ritenuto, che per determinare la categoria delle persone, alle quali doveva essere riservato il diritto di conservare la cittadinanza francese, doveano considerarsi compresi coloro soltanto che erano *nativi* delle provincie francesi cedute alla Germania ed in esse *domiciliati* (1).

389. Difficoltà più gravi possono nascere nel determinare le condizioni alle quali deve essere subordinato il diritto di ottare per la conservazione dell'originaria cittadinanza.

Ritenendo che in principio, a nostro modo di vedere, il diritto di ozione debba essere riservato ai nativi e domiciliati nel territorio ceduto, è chiaro, che è indispensabile fissare un termine perentorio entro cui debba essere tale diritto esercitato. Questo è richiesto da supreme ragioni d'interesse pubblico e privato. È infatti necessario, che la condizione giuridica delle persone non sia a lungo indeterminata, e che l'interesse dei privati sia conciliato con quello superiore della sovranità, la quale deve potere conoscere con criterii certi e sicuri, quali siano i cittadini e quali gli stranieri. Dal che ne consegue, che vi dev'essere un termine perentorio per esercitare il diritto di ozione, e

---

avessero perduta la cittadinanza per riacquistarla (come sono, ad es., quelle contenute negli articoli 5, 6, 13 del Codice civile italiano), dovessero essere estese ai nati altrove e domiciliati nel territorio ceduto, e a quelli nati nel territorio ceduto e domiciliati altrove, che volessero acquistare la cittadinanza dello Stato cessionario.

(1) Dobbiamo però notare, che la disposizione alla quale accenniamo, fu modificata colla convenzione addizionale di Francoforte conclusa l'11 dicembre 1871, colla quale fu stabilito, che le disposizioni del trattato doveano essere applicate non ai domiciliati, bensì agli originarii delle provincie cedute, tuttochè domiciliati in un'altra parte del territorio francese.

che codesto termine dev'essere protratto solamente tanto, quanto possa essere richiesto ragionevolmente a fine di mettere tutte le persone, che vogliano ottare, in grado di potersi avvalere efficacemente di tale loro diritto. Occorre inoltre una formale dichiarazione fatta a norma della legge dinanzi all'autorità competente.

Il termine di un anno, a contare dal giorno in cui sia stato ratificato il trattato di cessione, può al certo essere considerato sufficiente per ottare, rispetto a coloro però che fossero nati e domiciliati nel territorio ceduto, e ai quali, come abbiamo detto, dovrebbe essere limitata l'applicazione del trattato. Se però prevalessero criterii diversi, e si volessero estendere le conseguenze del trattato anche ai nativi, tuttochè domiciliati altrove, bisognerebbe prolungare il termine a riguardo di coloro, che si trovassero domiciliati all'estero, e sopratutto poi a riguardo di coloro che si trovassero fuori d'Europa, supposto che si trattasse della cessione di un territorio europeo, onde dare così a costoro l'agio di avvalersi comodamente ed utilmente del diritto di ottare (1).

390. Una delle condizioni che può essere imposta a coloro che essendo domiciliati nel territorio ceduto volessero ottare per la conservazione della cittadinanza originaria, può essere quella del trasferimento del domicilio nel territorio dello Stato cedente, se di questo volessero conservare la cittadinanza. Codesta condizione può al certo essere considerata non contraria ai principii del diritto, purchè però sia stabilito un congruo periodo di tempo per potere compiere il trasfe-

(1) Nel trattato del 24 marzo 1860 fra la Francia e l'Italia fu fissato il termine perentorio di un anno, a contare dal giorno in cui fu ratificato codesto trattato, e non fu fatta alcuna differenza tra i nativi che si trovavano in Europa e fuori: così rispetto a tutti il termine perentorio fissato decorse dal giorno 30 marzo 1860, nel quale fu fatto a Torino lo scambio delle ratifiche. Nel trattato del 10 maggio 1871 fu pure fissato il termine di un anno, ma esso fu poi prorogato di un altro anno coll'art. 1° della convenzione di Francoforte, sottoscritta l'11 dicembre 1871, a riguardo degli alsaziani e dei lorenesi che si trovavano fuori d'Europa. Troviamo la stessa disposizione nel trattato di Zurigo del 19 novembre 1859, che concesse il termine di due anni per ottare ai lombardi residenti fuori d'Italia e dell'Austria.

rimento del domicilio. La sovranità dello Stato cessionario può con ragione esigere che le persone, le quali vogliano godere di tutti i vantaggi, dei quali gode la popolazione stabile, non possano poi esimersi dagli obblighi derivanti dalla cittadinanza colla semplice dichiarazione di volere conservare la cittadinanza dello Stato cedente, mentre poi continuassero ad essere a tempo indefinito domiciliati nel territorio ad essa ceduto. Essa può quindi imporre l'obbligo di trasferire il domicilio a coloro che volessero ottare per la conservazione della loro cittadinanza. Se però essa volesse pretendere, che codesto trasferimento di domicilio dovesse essere attuato in un breve periodo di tempo, stabilendo, per compierlo, quel medesimo termine perentorio, che abbiamo detto poter essere ragionevolmente stabilito per ottare, questo equivarrebbe a fare un'indiretta violenza morale alle persone, mettendole nella necessità o di rovinare i proprii affari e interessi col trasferimento intempestivo del domicilio, o di assoggettarsi a rinunciare al diritto di ottare a cagione del non potere adempiere la condizione del trasferire il domicilio nello stesso breve termine concesso per ottare. Un periodo di tempo conveniente è indispensabile, a chi voglia senza grave pregiudizio trasportare altrove il centro dei proprii affari, e bisognerà concedere almeno un anno dopo che sia spirato il termine per ottare, onde trasferire con agio il domicilio, e si potrà pure stabilire che l'ozione fatta debba essere subordinata alla condizione risolutiva dell'effettivo trasferimento del domicilio.

Reputiamo inoltre opportuno di osservare, che qualora prevalesse il nostro concetto, quello cioè di ritenere compresi nelle conseguenze derivanti dal trattato di cessione coloro soltanto che fossero nativi del territorio ceduto, ed in esso domiciliati, potrebbe pure essere stabilito, a riguardo dei domiciliati non nativi, che essi dovessero essere tenuti a trasferire il domicilio nello stesso termine fissato per i nativi domiciliati, che avessero ottato per la conservazione della loro cittadinanza, e questo diciamo perchè riconosciamo, che militano anche per essi le stesse ragioni che per i nativi domiciliati, onde assoggettarli a trasferire il domicilio. La differenza fra gli uni e gli altri, nel sistema che noi preferiamo, consisterebbe in questo, che cioè rispetto ai nativi domiciliati la cessione opererebbe la naturalizzazione collettiva, se entro

il termine essi non avessero ottato per conservare la loro cittadinanza, e che rispetto ai semplici domiciliati l'ozione non dovrebbe essere richiesta, ma che invece essi dovrebbero essere considerati senz'altro cittadini dello Stato cedente sino a dichiarazione contraria. Siccome però, e rispetto agli uni e rispetto agli altri, la sovranità dello Stato cedente ha diritto ed interesse a che la popolazione effettiva del territorio ceduto sia formata da coloro, che accettino il nuovo ordine di cose, così essa può esigere, tanto a riguardo degli uni quanto a riguardo degli altri, che coloro che preferissero di continuare ad essere cittadini dello Stato cedente, trasferiscano, entro un congruo termine, il loro domicilio nel territorio di questo (1).

391. Reputiamo invece, sotto ogni rispetto, esorbitante l'assoggettare coloro, che volessero conservare la cittadinanza dello Stato cedente, a vendere la loro proprietà immobiliare, come fu stabilito nel trattato di S. Stefano, concluso tra la Russia e la Porta, il 19 febbraio 1878, e confermato in quello di Costantinopoli dell'8 febbraio 1879, che fu ad esso sostituito (2).

392. Esaminiamo ora le condizioni che devono regolare la decadenza del diritto di ottare a riguardo delle persone che sono chiamate ad esercitarlo. Abbiamo già detto, come debba essere fissato un termine perentorio per ottare, e come l'inutile decorrenza del termine debba di per sè stesso produrre la perdita della cittadinanza e la conseguente naturalizzazione di ciascuna persona, che non abbia fatta la dichiarazione di ottare per la conservazione della propria cittadinanza.

---

(1) Nel trattato di cessione di Nizza e della Savoia fu convenuto, che coloro che volessero conservare la cittadinanza italiana dovessero trasferire il domicilio nel territorio italiano dentro il termine di un anno. Cotesta convenzione è stata considerata onerosa dagli stessi scrittori francesi; vedi FOLLEVILLE, *De la naturalisation*, p. 217.

(2) Tanto nell'uno che nell'altro si trova infatti il seguente articolo: « Les habitants des localités cédées à la Russie, qui voudraient fixer leur résidence hors de ces territoires, seraient libres de se retirer *en vendant leurs propriétés immobilières*. Un délai de trois ans leur sera accordé à cet effet à partir de la ratification du présent article. Passé ce délai, les habitants qui n'auraient pas quitté le pays et vendus leurs immeubles resteront sujets russes. — Notiamo però che il trattato di Berlino non contiene alcuna clausola relativa alla nazionalità degli abitanti dei paesi ceduti.

Non si può mettere in dubbio che tale effetto debba seguire senz'altro a riguardo di tutti quelli che siano maggiori di età, al momento in cui il trattato di cessione sia stato conchiuso. L'inutile decorrenza del termine perentorio fissato per ottare, senza che essi si siano avvalsi del diritto a loro riservato di conservare la cittadinanza, deve essere di per sè stessa efficace a produrre la decadenza dal diritto, e a far ritenere senza dubbiezze, che essi volontariamente abbiano accettato di divenire cittadini dello Stato cessionario in conseguenza della naturalizzazione collettiva derivante dalla cessione.

Il dubbio, che ragionevolmente nasce, può riguardare le persone incapaci per legge a fare la richiesta dichiarazione, come sono i minori e le donne maritate.

393. Abbiamo dimostrato innanzi che la cittadinanza acquisita deve essere reputata un diritto personale rispetto a tutti, e anche rispetto al minore, e che la facoltà di disporre di essa, di rinunciarvi e di acquistarne un'altra, non deve essere attribuita ad altri, che alla persona stessa, quando ne abbia la capacità (1), bisognerà quindi ammettere che tale principio dev'essere rispettato, anche quando sia il caso di ottare tra la conservazione della cittadinanza originaria e l'acquisto della cittadinanza dello Stato cessionario nel caso di cessione di un territorio.

Se ciascuno deve potere ottare dentro il termine perentorio stabilito col trattato, come tale principio può essere conciliato col rispetto del diritto spettante al minore di non poter essere privato della propria cittadinanza a sua insaputa e senza un fatto libero e volontario da parte sua?

Accogliendo la regola, che alcuni scrittori propugnano, e che la giurisprudenza ha confermato (2), che cioè il semplice fatto dell'avere il padre accettato la cittadinanza dello Stato cessionario, in conseguenza del non avere esso ottato dentro il termine legale per la con-

(1) Vedi §§ 340-43.

(2) Vedi la sentenza del 22 dicembre 1862 della Corte di Chambéry; DALLOZ, *Jurisprudence génér.*, 1863, p. 97, e quella della Corte di Aix, del 17 maggio 1865.

servazione della propria cittadinanza, debba essere di per sè stesso efficace a produrre la naturalizzazione del minore, ne seguirebbe, che sarebbe attribuita al padre la facoltà di disporre dello stato pubblico e della condizione giuridica del minore, la quale potrebbe essere peggiorata in virtù del conseguente mutamento dello statuto personale del medesimo.

Considerando che il diritto di scegliersi una patria di elezione è un diritto individuale e personale, e che tale dev'essere reputato pure il diritto di ottare, come può attribuirsi al padre o al rappresentante legale del minore, la facoltà di disporre della nazionalità del medesimo? Si adduce che la condizione del figlio dev'essere subordinata a quella del padre, e che tale subordinazione è insita nella patria potestà, spettante al medesimo, ma si può osservare, che la patria potestà, che implica la subordinazione del figlio minore, è istituita a vantaggio di questi, e che varrebbe lo stesso che disconoscere la natura di tale istituto giuridico, se si ammettesse che la patria potestà potesse essere vôlta a danno del figlio, come lo sarebbe, se il padre o per negligenza o per calcolo trascurasse di ottare per conservare la propria cittadinanza, e cagionasse col fatto proprio la perdita della cittadinanza acquisita di pieno diritto da suo figlio al momento della nascita. Tutte le ragioni addotte per dimostrare che il mutamento volontario della cittadinanza pel fatto del padre, non deve produrre di per sè stesso il mutamento della cittadinanza originaria del minore, valgono a dimostrare, che nel caso di cessione, dovendo essere pure il mutamento subordinato al fatto volontario dell'ozione, il fatto del padre dev'essere riguardato senza effetto su quei diritti che per la loro natura sono diritti personalissimi del figlio, e che conseguentemente anche nel caso di cessione non può essere attribuito ad esso il potere eccezionale di imporre al proprio figlio minorenne questa o quella nazionalità.

394. Gl'inconvenienti che sono derivati nella pratica, a cagione dell'avere assoggettati i minori di Nizza e della Savoia a seguire la condizione dei loro padri, devono valere pure a confermare la teoria contraria, che noi sosteniamo. Avendo infatti il trattato del 1860 fissato il termine perentorio di un anno per ottare, e avendo le Corti francesi

deciso che il diritto di ozione per i minori delle provincie italiane, dovea ritenersi confuso con quello del padre, loro rappresentante legale, ne è derivato, che parecchi minori nizzardi e savoiardi, i quali erano stati allevati nell'Accademia militare di Torino, e che erano stati nominati ufficiali italiani durante la loro minorennità sono stati non pertanto considerati come francesi dalla Francia in conseguenza del non avere i loro genitori ottato per la conservazione della cittadinanza italiana. È degno di essere notato fra gli altri il caso di un certo Giovanni Rostainy savoiardo, il quale era minore di anni 20 quando avvenne la cessione, e che aveva dichiarato l'11 gennaio 1861 dinanzi al Console sardo di volere conservare la sua cittadinanza italiana, e col consenso ed autorizzazione del padre, aveva fissato il suo domicilio in Torino. Egli aveva rinnovata la dichiarazione già fatta appena giunto all'età maggiore, e aveva preso servizio nell'esercito italiano. Egli fu non pertanto considerato francese ed assoggettato al servizio militare in Francia, malgrado le sue proteste di voler essere italiano, e sull'istanza del Prefetto di Savoia, qualificato tale dalla Corte di Chambéry, con sentenza del 22 dicembre 1862.

Codesta sentenza dette luogo a ben fondate critiche anche in Francia. Fu infatti osservato che l'impotenza legale di esercitare un diritto non poteva cagionare la perdita del godimento del diritto stesso: che il diritto di ottare non poteva essere effettivo per i minori savoiardi e nizzardi, che ammettendo in loro favore il diritto di ottare dentro l'anno dall'età maggiore: che tale facoltà era la più conforme allo spirito del trattato ed ai principii stessi sanzionati nella legislazione francese, che non ammette che il figlio debba seguire la condizione del padre in caso di mutamento di cittadinanza da parte di questi. Tutte codeste buone ragioni non valsero, perchè si disse che la cessione di un territorio doveva essere considerata un caso di forza maggiore, e che non si potevano protrarre, nell'interesse privato delle persone, i termini stabiliti per la completa esecuzione del trattato di cessione.

395. Noi perseverando nella nostra opinione (1), osserviamo che la completa esecuzione di un trattato, per quello che esso mira a

(1) Vedi § 70 della 1ª ediz. della presente opera, 1869.

tutelare i diritti spettanti alle persone, dev'essere subordinata a quanto possa essere richiesto, affinchè tali diritti siano completamente garantiti, e che, siccome il diritto di scegliere tra l'acquisto della nuova nazionalità o la conservazione dell'antica è un diritto personalissimo, e siccome non può essere affidato al padre di esercitare tale diritto pel suo figlio minore (essendochè nei poteri ad esso spettanti non si trovi quello d'imporre al figlio minorenne la cittadinanza che meglio ad esso talenti), così è indispensabile, onde non privare il minore di un diritto tanto importante, di concedere al medesimo la facoltà di ottare entro l'anno, a contare dall'età maggiore.

Codesto partito è al certo il più conforme ai generali principii del diritto, per lo che non ci sembra accettabile neanche l'altro da alcuni suggerito, quello cioè di concedere ai minori una capacità eccezionale in caso di cessione, quella cioè di ottare essi medesimi, non ostante la loro età minore, assistiti dai loro rappresentanti legali. Bisogna infatti riconoscere che tale espediente muterebbe solo in apparenza la posizione delle cose, ma che in sostanza, siccome i minori di piccola età non potrebbero avere nessuna partecipazione all'ozione, che dovrebbero fare, così si ritornerebbe con una forma diversa ad attribuire al padre o al rappresentante legale, la facoltà di disporre essi medesimi della nazionalità del minore. Posto che ciascuno debba essere giudice indipendente, quando si tratti di rompere i legami che lo uniscono alla sua patria, ne consegue, che tale giudizio non possa essere fatto che dal minore stesso, quando ne abbia la capacità, e che non si possa ammettere per tale atto eminentemente personale, la rappresentanza legale del tutore o del padre.

L'unica deroga ai principii generali, che a noi sembra ragionevole ammettere in caso di cessione, è, che l'ozione da parte dei minori possa essere fatta nell'anno, in cui essi sarebbero tenuti al servizio militare, e questa deroga l'ammettiamo, onde eliminare così da una parte le difficoltà amministrative, e perchè, d'altra parte poi si può presumere, che all'epoca in cui uno sia tenuto a prestare il servizio militare, abbia un giudizio sufficientemente chiaro dei proprii interessi onde decidersi liberamente ad ottare.

396. La condizione giuridica della donna maritata merita una con-

siderazione tutta speciale in caso di cessione di territorio. Noi abbiamo stabilito innanzi, che secondo i giusti principii, la moglie deve seguire la condizione del marito, quando a lui si unisca in matrimonio, ma che ha poi diritto di conservare la cittadinanza acquisita in virtù del matrimonio stesso, di maniera che il mutamento di cittadinanza durante il matrimonio da parte del marito, non deve produrre il conseguente mutamento di cittadinanza da parte della moglie dissenziente (1). Abbiamo inoltre stabilito che la moglie non può acquistare durante il matrimonio la nazionalità straniera, neanche nell'ipotesi che essa fosse legalmente separata (2). Da codesti due principii, ne deduciamo, che, a fine di rispettare i diritti individuali della moglie nel caso di cessione di territorio, bisogna ammettere a favore di lei il diritto di ottare per la conservazione della cittadinanza acquisita, se di tale diritto non voglia avvalersi il marito, il quale preferisca così di divenire straniero, e che non vi è bisogno che essa sia autorizzata dal marito o dal tribunale onde esercitare validamente tale suo diritto. Che d'altra parte poi se il marito volesse conservare la cittadinanza propria, quella cioè acquisita dalla moglie in virtù del matrimonio, questa non potrebbe pretendere di scegliere la cittadinanza straniera, perchè il diritto di acquistare la naturalità straniera durante il matrimonio, non può essere concesso ad essa, sia che viva unita al marito, sia che da questi sia legalmente separata. Ammettiamo quindi, che dovrebbe essere riservato soltanto alla donna maritata di valersi del diritto di ottare per la conservazione della cittadinanza, se di codesto diritto non volesse valersi il marito di lei.

Questa teoria noi accettiamo a preferenza di ogni altra, onde essere così conseguenti. Posto infatti che il diritto della famiglia debba essere determinato dalla nazionalità del marito al momento del matrimonio: che la nazionalità acquisita dalla moglie debba essere reputata un diritto individuale di lei, e che di esso essa sola possa disporre quando ne abbia la capacità, e che il marito naturalizzandosi all'estero, non possa col fatto suo rendere straniera sua moglie, da tutto questo

(1) Vedi § 338.
(2) Vedi § 271-73.

ne consegue, che se il marito preferisse di acquistare la cittadinanza dello Stato cessionario, non potrebbe imporre codesta nazionalità alla moglie, e far perdere ad essa quella da lei acquistata col matrimonio. Non possiamo ammettere d'altra parte, che alla donna maritata debba essere concesso il diritto di ottare in tutta la sua ampiezza, nel senso cioè di attribuire ad essa la piena facoltà di scegliere tra l'acquisto della nuova cittadinanza e la conservazione della propria, imperocchè, siccome tutto il diritto della medesima consiste nel conservare la cittadinanza da lei acquisita col matrimonio, così non le può essere dato di fare la scelta, onde acquistare, mediante questa, la cittadinanza dello Stato cessionario, perchè essa non ha, durante il matrimonio, il potere di acquistare una naturalità straniera, viva essa unita o legalmente separata. Il diritto ad essa spettante può quindi consistere nel fare la dichiarazione di volere conservare la cittadinanza acquisita col matrimonio.

Non vogliamo tralasciare di mettere in rilievo che, se la conservazione della nazionalità dello Stato cedente fosse subordinata alla condizione dell'effettivo trasferimento del domicilio nel territorio di esso, la donna maritata si troverebbe nella posizione di non potervi ottemperare, a cagione del non potere fissare il domicilio legale a suo piacimento. Laonde se il marito di lei avesse preferito di divenire cittadino dello Stato cessionario, e si fosse quindi domiciliato nel territorio ad esso annesso, la moglie, non potendo contro volontà del marito fissare il domicilio altrove, si troverebbe così nella impossibilità di rendere efficace l'ozione da essa fatta per conservare la propria cittadinanza.

Noi richiamiamo quello che abbiamo detto innanzi (1), e vi aggiungiamo, che se nei trattati di cessione si volesse avere a cuore di rispettare gelosamente i diritti individuali delle persone, e di non imporre a ciascuno la cittadinanza contro sua volontà, si potrebbe fare un'eccezione a riguardo dell'obbligo del domicilio, rispetto a coloro che hanno il domicilio necessario per legge, ed ammettere, che il non ottemperare all'obbligo di trasferire il domicilio, non dovesse cagio-

(1) Vedi § 338, p. 341.

nare per essi la decadenza dall'ozione fatta, ma che all'obbligo del trasferimento dovessero essere assoggettati coloro soltanto, che fossero capaci a fissare a loro piacimento il domicilio.

397. La teoria da noi esposta non è al certo conforme a quella adottata nei trattati di cessione. Troviamo invece, che quando avvenne la cessione di Nizza e di Savoia, e quella dell' Alsazia e della Lorena nulla fu disposto per far salvo il diritto delle donne maritate, e quindi circa la condizione di esse fu deciso applicando i principii generali. Conseguentemente, siccome a seconda della legge germanica la donna maritata segue la condizione del marito, anche nell' ipotesi, che questi acquisti la naturalità germanica durante il matrimonio, così furono considerate tedesche e non francesi le mogli di tutti i francesi delle provincie cedute, i quali divennero tedeschi, e che perderono la cittadinanza francese.

Dobbiamo pure notare, che nell'applicare i trattati di cessione si è cercato di allargare, quanto è stato possibile, la categoria delle persone assoggettate a subire la naturalizzazione collettiva, e gioverà esporre i dubbii nati dall'interpretazione delle disposizioni relative alla cittadinanza.

398. In tutti i trattati le persone assoggettate a fare la dichiarazione richiesta per conservare la loro cittadinanza, sono designate colla parola *originaires*. Ora intorno al significato giuridico di tale parola è nato il dubbio, se cioè essa dovesse essere intesa nel senso che le è attribuito secondo il diritto civile, o altrimenti. Voet parlando del rapporto che derivava dall'*origo* secondo il diritto romano dice « *est autem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente* (1). È stato però ritenuto, che il significato attribuito alla parola nel linguaggio diplomatico debba considerarsi ristretto a denotare il rapporto che viene a stabilirsi col territorio mediante il fatto reale di essere nato in esso, e che perciò sotto la denominazione di *originaires* non dovessero essere compresi coloro, che nati da genitori, i quali erano nativi del territorio ceduto, in un'altra località dello Stato cedente, non

(1) *Ad Pandect.*, vol. I, § 91.

avessero alcun rapporto col territorio ceduto, nè a cagione dell'essere in esso nati, nè a cagione dell'essere in esso domiciliati. In una parola, il rapporto che deriva dalla filiazione non è stato reputato decisivo onde attribuire la qualifica di *originaires* del luogo, del quale erano nativi i loro genitori, a coloro che erano nati altrove, e che erano altrove domiciliati. Codesto concetto troviamo stabilito nell'interpretazione data al trattato del 10 maggio 1871 tra la Francia e la Germania come risulta da una nota ufficiale del ministro francese del 14 settembre 1872 (1), nella quale è detto che « le gouvernement allemand a déclaré que le mot *originaire* ne s'applique que à ceux qui sont nés dans les territoires cédés ». Lo troviamo poi confermato nella sentenza del 24 marzo 1877 del tribunale di Lione a proposito di un certo Durand originario della Savoia. « Il faut reconnaître, disse il tribunale, que le mot originaire n'a pas dans la langue diplomatique et des traités internationaux la signification étendue qu'il a dans les langages des lois civiles : qu'il est employé dans les traités diplomatiques comme indiquant le lieu de la naissance, et non pas les liens de la filiation, et qu'on veut, par l'application restreinte de ce terme, éviter les difficultés pratiques qui résulteraient de la recherche de ces liens de filiation.

399. Accogliendo codesto concetto, e considerando che il trattato del 24 marzo 1860 impose l'obbligo della dichiarazione dentro l'anno a contare dalla ratifica a tutti gli originarii della Savoia o del circondario di Nizza o domiciliati in allora in dette provincie, onde conservare così la cittadinanza italiana, tutti coloro che erano maggiori e nati in una qualunque altra parte di territorio soggetto al re di Sardegna da genitori savoiardi o nizzardi, e che non erano domiciliati nel territorio ceduto alla Francia il 24 marzo 1860, devono reputarsi oggi di pieno diritto italiani, tuttochè non fecero alcuna dichiarazione, per la ragione che l'obbligo della dichiarazione fu imposto agli originari delle provincie cedute e ai domiciliati, ed essi non potevano essere compresi nè nell'una nè nell'altra categoria, imperocchè, quantunque nati da genitori savoiardi o nizzardi, non poterono essere

(1) *Journal officiel français* du 14 septembre 1872.

reputati originarii della Savoia o di Nizza, mentre abbiamo supposto che erano nati altrove.

A riguardo di coloro che erano minori, e nati in altre provincie italiane da genitori della Savoia o di Nizza una questione ben delicata può nascere, se cioè essi debbano essere reputati oggi francesi in conseguenza del non avere il loro genitore esercitato in tempo utile la facoltà di optare per conservare la cittadinanza italiana.

A norma della legge francese si ammette che la cittadinanza di un individuo dipenda dalla sua filiazione, ma che il figlio non segua la medesima condizione del padre in quanto al mutamento della cittadinanza, e quindi che la cittadinanza originaria di esso sia la stessa di quella che abbia il padre al momento della nascita di lui, ma che è indipendente dai cambiamenti posteriori, che possano essere la conseguenza del fatto del padre.

400. Considerando ora che il trattato di cessione impose l'obbligo di optare a coloro che erano nativi delle provincie cedute o in esse domiciliati, e quindi che tale obbligo non poteva ritenersi imposto a coloro che erano domiciliati altrove e nati in un'altra parte del territorio dello Stato italiano, perchè essi non potevano essere reputati nè domiciliati nè originarii, può sollevarsi il dubbio se, nell'ipotesi che un savoiardo o nizzardo trovasi domiciliato fuori delle provincie cedute, e che quivi fosse nato suo figlio, questo sia divenuto di pieno diritto francese in conseguenza del non avere il padre ottato per conservare la cittadinanza italiana.

Di fronte al Codice civile italiano si può sostenere veramente che il figlio minore deve seguire la condizione del padre, e che deve essere reputato straniero il figlio minore di colui che abbia perduto la cittadinanza italiana, salvo che abbia continuato a tenere la sua residenza nel Regno. Siccome poi colla legge transitoria del 1865, articolo 1°, tale disposizione fu estesa anche ai figli minori di colui che avesse acquistata la cittadinanza estera prima dell'attuazione del nuovo Codice, il dubbio dovrebbe essere risoluto nel senso di reputare il detto figlio minore francese, in conseguenza dell'essere suo padre divenuto francese, se dopo la cessione delle provincie italiane alla Francia la famiglia avesse in esse stabilita la sua residenza.

Il dubbio sussisterebbe sempre per altro nell'ipotesi di una famiglia savoiarda, ad esempio, stabilita supponiamo a Torino al tempo in cui avvenne la cessione della Savoia, qualora il figlio fosse nato in Torino e il suo genitore non si fosse avvalso della facoltà di optare per la cittadinanza italiana, ma avesse non pertanto continuato a risiedere in Torino, ovvero avesse in tale località o in qualunque altra città italiana fatto educare il figlio. Cotesto minore non potrebbe al certo essere reputato francese, esso non divenne infatti tale in conseguenza del trattato di cessione e della mancata opzione, perchè egli non era personalmente tenuto ad ottemperare all'obbligo imposto dal trattato, per la considerazione che essendo egli nato in Torino non poteva essere reputato nativo della Savoia; esso non divenne francese in conseguenza dell'avere il padre di lui perduta la cittadinanza italiana, perchè tale effetto poteva seguire secondo la legge italiana, se egli non avesse continuato a tenere la sua residenza nel Regno, egli dovrebbe quindi essere reputato italiano, non ostante che il suo genitore fosse divenuto francese.

Di fronte poi al Codice civile francese egli dovrebbe essere reputato in ogni caso italiano, perchè a norma di quella legge la nazionalità è considerata come una qualità personale, della quale non è concesso ad altri di disporre che alla persona, quando abbia la facoltà di manifestare liberamente la sua volontà. I tribunali francesi hanno infatti applicata tale massima ai figli minori nati a Parigi da genitori alsaziani, e il tribunale della Senna decise che questi dovessero essere reputati francesi, non ostante che i loro genitori avessero perduta la cittadinanza francese in conseguenza del non aver optato per conservarla. « La nationalité d'un individu, disse il tribunale, dépend de sa filiation; par suite, si la nationalité du fils est à l'origine la même que celle du père, elle est, par la même raison, indépendante du changement de volonté de celui-ci, aussi bien que de toute circonstance qui ne lui serait pas personnelle » (1).

401. I principii da noi esposti possono valere per determinare l'ap-

(1) Trib. de la Seine, 1er chap., 19 mai 1874, Blum c. Préf. de la Seine (*Journal du droit intern. privé*, 1875, p. 191).

plicazione del trattato del 1871, che regolò la condizione delle persone appartenenti alle provincie francesi cedute alla Germania, e tenendo conto che esso assoggettò all'obbligo della dichiarazione gli originarii domiciliati, e che dalle note scambiate fra i due Governi risulta, che sotto la denominazione di originarii s'intese designare coloro, che erano nati nelle provincie francesi cedute alla Francia, così se ne deve dedurre, che stando a quanto il trattato dispone, solamente i Francesi che erano effettivamente nati nell'Alsazia e nella Lorena e che aveano colà il domicilio, possono essere reputati tedeschi e non più francesi, in conseguenza del non avere fatta la dichiarazione entro il termine stabilito, ma che coloro invece che erano nati da genitori alsaziani o lorenesi in qualunque altra parte della Francia, devono essere reputati di pieno diritto francesi, quand'anche non avessero fatta alcuna dichiarazione, per la ragione che, non potendo essi essere considerati originarii dell'Alsazia e della Lorena, non possono essere ritenuti compresi tra coloro che, secondo il trattato doveano fare la dichiarazione per conservare la cittadinanza francese (1). È vero per altro che il Governo dell'Impero germanico, avendo imposto a tutti indistintamente l'obbligo di trasferire il domicilio altrove onde potere conservare la qualità di francesi, ha potuto così rendere inefficace il diritto di conservare la cittadinanza francese rispetto a tutti coloro, che, benchè nati nelle altre provincie della Francia, aveano il domicilio nelle provincie cedute. Reputiamo non pertanto opportuno osservare, che rispetto alla Francia, siccome la conservazione della cittadinanza francese non è subordinata all'obbligo di avere il domicilio in Francia, e siccome l'obbligo di fare la dichiarazione per conservare la cittadinanza francese fu imposto a coloro soltanto, che potevano ritenersi compresi nelle disposizioni del trattato: considerando che tutti coloro che erano nati nelle altre provincie francesi, e che erano domiciliati soltanto nelle provincie cedute, non si possono considerare di avere subito la perdita della cittadinanza francese per non avere fatto la dichiarazione entro il termine legale (imperocchè a tale obbligo do-

(1) Vedi Cour de Paris, 24 juillet 1874 (*Journal du Palais*, 1875, p. 940), e l'importante nota di Courvés, ivi.

vevano sottostare soltanto coloro, che erano originarii e domiciliati, e che i nati nelle altre provincie francesi non possono essere considerati originarii dell'Alsazia e della Lorena) così può ammettersi, che essi devono essere considerati di pieno diritto francesi, salvo poi a decidere se essi avessero potuto poi subire la perdita della cittadinanza francese, in conseguenza dell'avere stabilito e continuato ad avere il domicilio nelle provincie ora tedesche senza spirito di ritorno in Francia, ed avere così acquistato la cittadinanza dell'Impero germanico.

402. Stando nel medesimo ordine d'idee bisogna pure ammettere che coloro i quali erano nati nelle provincie di Nizza e di Savoia prima del 1860 da genitori nativi di altre provincie sarde, e che non fecero entro l'anno la dichiarazione di voler essere italiani, devono oggi essere reputati francesi per la ragione, che essendo essi originarii delle provincie cedute alla Francia, ed essendo così compresi nella categoria delle persone, che doveano fare la dichiarazione a fine di conservare la nazionalità italiana, sono stati involti nella conseguenza della naturalità collettiva derivante dalla cessione a cagione della mancata dichiarazione.

Riconosciamo che questa è una conseguenza veramente ingiustificabile, e che contradice tutti i principii del diritto (lo che convalida le osservazioni già fatte onde dimostrare come sia veramente onerosa la disposizione del trattato del 1860, che involse nelle conseguenze della cessione tutti gli originarii e i domiciliati), ma non pertanto non giova disconoscere che questa è la necessaria conseguenza di quanto fù stipulato nel trattato, che cioè tutte le persone nate nelle provincie italiane cedute alla Francia, le quali non fecero la dichiarazione di volere conservare la cittadinanza italiana, devono oggi reputarsi francesi, a cagione dell'avere quel trattato dichiarato francesi: 1° i sardi nati in Savoia od in Nizza; 2° i sardi domiciliati ivi, i quali entro l'anno non fecero la dichiarazione di volere conservare la loro cittadinanza.

La medesima regola, volendo interpretare rigorosamente il trattato, dovrebbe essere applicata ai minori nati nelle provincie italiane cedute alla Francia da genitori originarii di altre provincie ita-

liane. Posto infatti che l'espressione *originarii* dei territorii ceduti equivalga, a seconda del significato ad essa attribuita nei trattati, a *nati* nei territorii ceduti, e che nel determinare tale rapporto non sia decisiva la filiazione, ne consegue, che tutti coloro, che personalmente si trovarono nel 1860 nelle condizioni stabilite col trattato, dovrebbero essere assoggettati alle conseguenze di esso, e siccome la qualifica di *originario* dipende dal fatto della nascita e non già dalla condizione giuridica del padre, così fa d'uopo ammettere che i minori nati nella Savoia o in Nizza da genitori originarii di altre provincie italiane dovrebbero essere oggi reputati Francesi a cagione del non avere fatta la dichiarazione richiesta dal trattato.

Questa conseguenza sarebbe stata un'enorme violazione dei principii del diritto e in manifesta contradizione con lo spirito del trattato, e vale a provare più chiaramente come esso sia stato redatto con una forma non bene determinata, e che si presta ad attribuire la cittadinanza francese, forzatamente, al maggior possibile numero di persone.

403. È vero per altro che la conseguenza da noi cennata non poteva ammettersi di fronte al Codice civile italiano, il quale, in omaggio al principio dell'unità della famiglia, ha sancita la massima, che il figlio debba seguire la condizione del padre a riguardo della cittadinanza, ma avrebbe potuto ammettersi di fronte alla legge francese, la quale consente al figlio minore di avere una cittadinanza diversa da quella del padre (1) se non fosse stato diversamente disposto col decreto promulgato dal Governo francese il 30 giugno 1860. Cotesto decreto all'art. 2° dispone nel seguente modo:

« Les sujets sardes encore *mineurs nés en Savoie et dans l'ar-*
« *rondissement de Nice*, pourront, dans l'année qui suivra l'époque
« de leur majorité réclamer la qualité de français, en se conformant
« à l'article 9 du Code civil. »

Con tale disposizione, a noi sembra, che sia stata eliminata l'enorme contradizione d'imporre forzatamente la cittadinanza fran-

---

(1) Vedi la sentenza del Tribunale civile della Senna, 1er chap., del 10 maggio 1874 (*Journal du droit international privé*, 1875, p. 191).

cese a tutti i minori nati nelle provincie italiane cedute alla Francia da genitori italiani che accidentalmente vi si trovavano. Contradizione tanto più enorme, se si consideri che il trattato non dispose nulla per riservare il diritto di optare ai minori, e che i tribunali francesi hanno poi deciso, che ai minori non dovesse essere riservato il diritto di optare, a fine di conservare la cittadinanza italiana, entro l'anno a contare dall'età maggiore, per lo che ne sarebbe derivato rispetto ad essi l'assurdo della cittadinanza francese imposta forzatamente, in conseguenza dell'annessione, pel semplice fatto dell'essere essi accidentalmente nati prima del 24 marzo 1860 in Savoia o nel circondario di Nizza.

In tal modo a noi sembra doversi interpretare l'art. 2° del decreto mentovato, che cioè esso intese regolare la condizione dei minori nati nelle provincie cedute da genitori originarii di altre provincie italiane, nell'ipotesi che costoro avessero continuato ad essere, come lo erano precedentemente, italiani. Siccome in questa ipotesi i figli loro di fronte alla legge sarda doveano essere reputati italiani senza bisogno di fare alcuna dichiarazione, in conseguenza del dover essi seguire la condizione del loro genitore, il legislatore francese, che non poteva al certo disconoscere l'efficacia della legge sarda, e che tutt'al più poteva ritenerli francesi in base al trattato di cessione, intese regolarizzare la posizione dei medesimi facilitando ad essi la via per acquistare la cittadinanza francese adempiendo nell'anno seguente alla loro età maggiore quanto prescrive l'art. 9° del Codice civile francese (1).

Riesce chiaro, a nostro modo di vedere, che nell'attualità, dei minori nati nelle provincie cedute alla Francia da genitori originarii

---

(1) L'interpretazione da noi data è conforme a quella data in via amministrativa dai due Governi, mediante le note diplomatiche fra di loro scambiate il 22 luglio e 7 novembre 1874 (Vedi *la Collezione dei trattati italiani*, vol. V, p. 221 e *Journal du droit international privé*, 1877, p. 105). Mediante tali note, per quello che concerne l'obbligo del servizio militare, fu ritenuto che dei minori nati accidentalmente in Savoia o in Nizza dovessero essere reputati italiani coloro che non avessero fatto la dichiarazione a norma del decreto francese.

di altre provincie italiane, coloro soltanto, che ottemperarono alla disposizione dell'art. 2 del decreto francese del 30 giugno 1860 possono essere reputati francesi, e rispetto all'Italia e rispetto alla Francia: che gli altri minori nati nella Savoia e nel circondario di Nizza da genitori nativi di altre provincie, i quali fecero la dichiarazione entro l'anno a contare dalla loro maggiorità di voler essere italiani, devono essere reputati tali di pieno diritto, e rispetto alla Francia e rispetto all'Italia [1]: che coloro finalmente che non fecero alcuna dichiarazione nè a norma del trattato 24 marzo 1860, nè a norma del decreto francese del 30 giugno 1860, possono tutto al più essere reputati francesi rispetto alla Francia, e italiani rispetto all'Italia per le ragioni esposte.

404. Un'ultima difficoltà dobbiamo risolvere in ordine ai trattati di cessione, se cioè i patti, mediante essi concordati tra le parti che li stipularono, possono essere modificati con una legge promulgata dall'una o dall'altra delle parti contraenti. In principio bisogna riconoscere, che essendo ogni trattato un atto sinallagmatico, da cui derivano diritti ed obbligazioni reciproche, non possa essere sostanzialmente modificato da una sola delle parti contraenti, sopratutto poi in quello che esso attribuisce diritti ai privati.

Conseguentemente si deve ammettere, che le regole sancite con un trattato di cessione a fine di regolare la conservazione o la perdita dalla cittadinanza degli abitanti del territorio ceduto, devono essere osservate e rispettate dalle parti in quanto attribuiscono diritti ai privati. Non può essere al certo negato ad una di esse di concedere con legge ai privati diritti maggiori di quelli derivanti dal trattato, ma non già la facoltà di modificare sostanzialmente la condizione di cose col trattato stabilita.

405. Applicando questi principii si può risolvere la controversia nata in conseguenza del decreto francese del 30 giugno 1860, che provvide circa la cittadinanza dei cittadini sardi appartenenti alle provincie cedute alla Francia.

---

(1) Abbiamo sostenuto innanzi che il diritto di ottare attribuito dal trattato doveva essere esercitato dai minori entro l'anno, a contare dall'età maggiore. Vedi Cassazione di Torino, 11 giugno 1874 (Lattes contro Prefetto di Cuneo).

L'art. 1° di tale decreto così dispone:

« Les sujets sardes *majeurs*, et dont le *domicile* est établi dans les territoires réunis à la France par le traité du 24 mars 1860 pourront, pendant le cours d'une année à partir des présentes, le droit de réclamer la qualité de français. — Les demandes adressées à cet effet aux préfets des départements, où se trouve leur résidence, seront, après informations, transmises à notre garde des sceaux, ministre de la justice, sur le rapport duquel la naturalisation sera, s'il y échet, accordée sans formalités et sans payement de droits ».

A primo aspetto può sembrare, che avendo il decreto concesso ai maggiori domiciliati nei territorii italiani, riuniti alla Francia, di reclamare la qualità di francese entro un anno dalla sua data, tutti coloro che non ottemperarono a tale formalità, non divennero di pieno diritto francesi in virtù solo dell'annessione e delle disposizioni contenute nel trattato del 24 marzo 1860. Ammettendo però questa interpretazione, ne seguirebbe che il decreto francese del 30 giugno 1860, avrebbe modificato sostanzialmente la disposizione dell'articolo 6 del trattato del 24 marzo 1860, stipulato fra l'Italia e la Francia. In cotesto articolo era stato infatti stabilito che i sardi *originarii* della Savoia e del circondario di Nizza, *o domiciliati* in quelle provincie sarebbero divenuti di pieno diritto francesi in virtù dell'annessione, se non avessero fatto la dichiarazione di voler conservare la cittadinanza italiana entro l'anno a contare dalla ratifica del trattato. A norma di tale disposizione non occorreva quindi alcuna dichiarazione da parte dei domiciliati per divenire francesi, ma invece essi dovevano essere ritenuti tali di pieno diritto in conseguenza del non aver fatta alcuna dichiarazione di voler essere italiani: mentre che dando al decreto la suddetta interpretazione, ne deriverebbe che i domiciliati avrebbero dovuto reclamare la qualità di francesi entro l'anno, a contare dalla sua data, e che conseguentemente non avrebbero potuto essere reputati di pieno diritto francesi tutti coloro che non avessero reclamato tale qualità, lo che importerebbe che il decreto del 30 giugno del 1860 avesse abrogato il trattato del 24 marzo.

Tale teoria non può essere per altro accolta, perchè condurrebbe ad ammettere che un trattato internazionale obbligatorio per le parti

contraenti, potesse essere modificato da una di esse, senza il consenso dell'altra. È mestieri quindi, onde evitare le incongruenze, di conciliare il decreto del 30 giugno 1860 col trattato del 24 marzo, e ritenendo come certo e stabilito che tutti i sardi domiciliati nelle provincie italiane cedute alla Francia siano divenuti di pieno diritto francesi, pel semplice fatto dell'annessione e del non aver essi ottato per conservare la cittadinanza italiana, considerare poi come oggetto del decrèto quello, che non aveva formato oggetto della disposizione del trattato.

Abbiamo già detto, che la sovranità può con una legge facilitare le condizioni per l'acquisto della cittadinanza a coloro, che non l'avessero già acquistata in virtù del trattato. Ora, per dare alla disposizione del decreto un'interpretazione plausibile, bisogna ammettere che, siccome a norma del trattato del 24 marzo potevano divenire di pieno diritto francesi i sardi, che avevano fissato il domicilio in Savoia o in Nizza prima del 24 marzo 1860, giorno in cui fu stipulato il trattato, e gli altri poi, che andarono a stabilire ivi il domicilio dopo il 24 marzo, doveano essere assoggettati al diritto comune, onde potere acquistare la cittadinanza francese, così l'autorità francese volle, col decreto da essa promulgato, facilitare a costoro l'acquisto della cittadinanza francese, disponendo come dispose coll'articolo 1° in parola, il quale venne a concedere a tutti coloro, che aveano fissato il domicilio in Francia nel periodo di tempo tra il 24 marzo ed il 30 giugno, di poter essere reputati francesi mediante la loro dichiarazione, e senza le formalità occorrenti per ottenere la naturalizzazione, senz'obbligo di pagare i diritti relativi.

L'opinione da noi accettata è conforme a quella sostenuta da Rouquier (1), da Folleville (2), e trova pure l'appoggio della più recente giurisprudenza (3).

(1) *Revue pratique*, 1862, p. 285.

(2) *Traité de la naturalisation*, § 304.

(3) Tribunal civil de Nice, 26 maggio 1879.

Reputiamo utile riportare il testo di cotesta sentenza con la quale fu risoluta un'importante quistione di principii:

Le tribunal: attendu qu'aux termes formels de l'art. 6 du traité du 15 mars 1860, les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondis-

406. Le regole da noi date ed esposte fino a questo punto, possono valere nel caso che la cessione o l'annessione di un territorio sia

sement de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendent conserver la nationalité sarde, jouiront pendant l'espace d'un an, à partir de l'échange des ratifications et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyens sardes leur sera maintenue; attendu qu'on peut induire de cet article 6 que non seulement les sujets sardes originaires des provinces annexées à la France, mais aussi les sujets sardes y domiciliés actuellement, qui n'ont pas remplis les formalités prescrites par ledit article 6, n'ont pas conservé leur nationalité sarde, et partant sont devenus français, par l'annexion des territoires où ils étaient actuellement domiciliés; que la qualité de français leur est conférée *ipso facto* par l'effet du traité, sans les soumettre à aucune autre condition que celle de l'origine ou du domicile actuel;

« Attendu qu'à la vérité, cet article 6 paraît être en contradiction avec le décret du 30 juin 1860, dont l'article 1er porte: « Les sujets sardes majeurs « et dont le domicile est établi dans les territoires réunis à la France par « le traité du 24 mars 1860, pourront pendant le cours d'une année, à dater « des présentes, réclamer la qualité de français... Et dans le second alinéa, « il ajoute que la naturalisation dont il s'agit sera, s'il y échet, accordée « sans formalités et sans payement de droits »;

« Mais attendu que, quelle que soit l'interprétation que l'on puisse donner à ce décret, il ne pourrait avoir pour effet de détruire les droits acquis aux sujets sardes domiciliés dans les territoires annexés par l'article 6 précité; — qu'en effet, par la réunion de la Savoie e de Nice à la France, la qualité de français s'obtenait immédiatement et de plein droit, et que le décret du 30 juin 1860, émané du gouvernement français seul, ne pouvait détruire les stipulations du traité international, qui constitue un véritable contrat bilatéral entre les deux nations qui l'ont conclu; — qu'il suit de là que ce décret, conférant la naturalisation individuellement et non pas collectivement, ne peut s'appliquer qu'aux sujets sardes qui n'ont pris domicile dans les territoires annexés que postérieurement au 24 mars 1860 jusqu'au 30 juin de la même année, à moins qu'il n'ait eu pour but d'éviter aux sujets sardes simplement domiciliés et non originaires, toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu la preuve du fait de leur domicile, établi dans lesdits territoires antérieurement au 24 mars 1860; — qu'en effet, on ne peut méconnaître, que la question du domicile, remontant au moment du traité du 24 mars 1860, peut présenter des grandes difficultés en fait, et que la naturalisation individuelle obtenue sans stage ni payement d'aucuns droits, en vertu de décret du 30 juin 1860, évitait aux sujets sardes, alors domiciliés dans les territoires annexés, les inconvénients résultant de cette question de domicile, etc. ».

stata stipulata mediante un trattato, col quale fosse stato pure provveduto a regolare la condizione delle persone per quello che potesse concernere la conservazione della cittadinanza dello Stato cedente, o l'acquisto di quella dello Stato cessionario. Qualora accadesse, che il trattato di cessione non contenesse nessuna disposizione a tale riguardo, bisognerebbe attenersi ai principii generali, onde determinare i suoi effetti in quello che potessero riguardare la cittadinanza delle persone appartenenti al territorio ceduto.

Non si può fare a meno di ammettere, che i cittadini di un paese debbano seguire la condizione del medesimo nei loro rapporti colla sovranità, che sopra di esso impera. Il principio quindi della naturalizzazione collettiva degli abitanti di un territorio ceduto deve ammettersi come la conseguenza della forza maggiore. Tale effetto dovrebbe poi reputarsi esteso a tutti coloro, che formano la popolazione stabile del territorio medesimo, vale a dire alle persone che abbiano in esso stabilito il loro domicilio, senza fare alcuna distinzione a seconda che esse sieno nate effettivamente nel territorio ceduto o in altra parte del territorio dello Stato.

In una parola, a noi sembra che, mancando le disposizioni nel trattato, tutti coloro che sieno domiciliati nel territorio ceduto nel momento in cui sia stipulata la cessione di esso, e che abbiano continuato a tenere ivi il loro domicilio senza trasferirlo in un tempo ragionevole in altra parte del territorio dello Stato cedente, o altrove, debbano reputarsi senz'altro involti nella conseguenza della naturalità collettiva causata dalla cessione, e che tale effetto debba ritenersi esteso anche ai loro figli minori ed alla moglie, perchè consideriamo, rispetto ad essi, la naturalità collettiva come una questione del tutto territoriale di forza maggiore.

407. Prima di abbandonare l'argomento, del quale ci siamo occupati in codesto capitolo, cade in acconcio osservare che tutte le controversie, che possono nascere a proposito della naturalizzazione di una determinata persona e degli effetti di essa a riguardo dei membri della famiglia, possono anche essere risolute in via amministrativa, lo che può accadere in ogni circostanza, nella quale l'autorità amministrativa abbia interesse di decidere, se uno debba essere

reputato presuntivamente cittadino o straniero. Bisogna però tener presente, che le decisioni dell'autorità amministrativa non possono valere a statuire circa le questioni di cittadinanza. Anche quando l'autorità amministrativa avesse deciso, che uno dovesse essere assoggettato all'obbligo della leva in conseguenza dell'averlo essa ritenuto cittadino dello Stato, la questione della cittadinanza non potrebbe considerarsi così risoluta, imperocchè ai tribunali soltanto spetta la competenza per tutte le questioni che concernono lo stato personale, e quindi anche per quella della cittadinanza. Riesce chiaro, che qualora l'autorità giudiziaria avesse deciso dover essere reputato straniero uno, che l'autorità amministrativa aveva ritenuto cittadino, la conseguenza necessaria di tale pronunzia dovrebb' essere di far dichiarare sospeso l'obbligo del servizio militare, il quale può essere imposto a coloro soltanto che sono cittadini dello Stato.

Bisogna per altro notare, che la sentenza di un tribunale non può produrre tale effetto, che a riguardo dell'autorità amministrativa del medesimo Stato. L'indipendenza delle sovranità nell'esercizio dei poteri ad esse spettanti è un impedimento insormontabile per ammettere, che le decisioni del potere giudiziario di uno Stato possono esercitare influenza su quelle del potere amministrativo di un altro Stato.

Non possiamo neanche concedere che dovesse essere attribuita la competenza giudiziaria con preferenza ai tribunali dello Stato di cui l'interessato pretendesse dover essere reputato cittadino, se la sua istanza fosse contestata dall'autorità amministrativa di un altro Stato, poichè a ciò si oppone pure l'indipendenza delle sovranità. Riteniamo quindi che ogni controversia relativa alla naturalizzazione di una persona, debba essere decisa dall'autorità giudiziaria, e che debba ritenersi competente l'autorità giudiziaria dello Stato, di cui l'interessato reclami la cittadinanza se intorno a questa occorra decidere sull'istanza di essa, o l'autorità giudiziaria dello Stato straniero ove la cittadinanza di esso sia contestata, se questo dia luogo alla controversia.

Anche quando si tratti di decidere della naturalizzazione di una persona in conseguenza dell'applicazione di un trattato internazionale, col quale sia stato provveduto intorno alla cittadinanza delle persone,

deve ritenersi sempre competente l'autorità giudiziaria, la quale ha pure la facoltà d'interpretare il trattato applicandolo in quello che esso dispone a riguardo dei diritti privati delle persone, e che non può essere legata dall'interpretazione a tale riguardo data dai Governi in via diplomatica (1).

---

(1) Nelle note scambiate tra il Governo italiano e quello francese relativamente alla condizione dei minori nati in Savoia e a Nizza da genitori originarii di altre provincie italiane (delle quali abbiamo fatto cenno innanzi pag. 17, n° 8), fu adottata una massima in via amministrativa per determinare l'obbligo del servizio militare, fu per altro così espressamente dichiarato: « Toutefois il est entendu que cette solution n'a qu'un caractère administratif et qu'elle n'empêchera pas les intéressés, dans le cas où ils ne voudraient pas s'y soumettre, de faire valoir leurs droits devant les tribunaux compétents.

CAPITOLO V.

Del domicilio.

408. Come il determinare il domicilio di ciascuna persona possa riescire di comune interesse nelle controversie delle quali ci occupiamo. — 409. Concetto del domicilio. — 410. Della pluralità del domicilio. — 411. Applicazione della legge nelle controversie relative. — 412. Del domicilio di origine e della regola per poterlo determinare. — 413. Del domicilio di diritto e legale. — 414. Del domicilio volontariamente acquistato. — 415. Nessuno può mancare assolutamente di domicilio. — 416. Del domicilio delle persone giuridiche. — 417. Come esso debba essere determinato. — 418. La pluralità del domicilio dev'essere escluso anche a riguardo delle corporazioni; applicazione alle succursali. — 419. Della prova del domicilio. — 420. Delle presunzioni. — 421. Le norme per lo stabilimento e per la prova devono valere anche a riguardo degli stranieri. — 422. Della facoltà di fissare il domicilio all'estero. — 423. Effetti del domicilio.

408. Nella Parte generale, esponendo i principii relativi alla legge che deve determinare la condizione giuridica delle persone e la capacità di esse, dicemmo, come non tutti gli scrittori sieno concordi nel riconoscere che il rapporto della cittadinanza sia quello da cui debba dipendere la legge regolatrice dello stato delle persone e della loro capacità giuridica, essendochè molti opinino ognora, che tutto debba dipendere dalla legge del luogo in cui ciascuno è domiciliato. Facemmo pure conoscere come a riguardo di questo le leggi di alcuni Stati abbiano dato la preferenza alla legge del domicilio, e come questo stesso principio sia stato stabilito in altri paesi dalla giurisprudenza.

Nella Gran Bretagna, ad esempio, negli Stati dell'America del Nord, negli Stati della Germania, nell'Austria ed in altri lo statuto personale si fa dipendere dalla legge del domicilio della persona, e si ritiene pure che da codesta legge la successione ed i diritti che ne derivano debbano essere regolati. In quei medesimi Stati, nei quali è prevalso il concetto più razionale, che lo statuto personale

deve dipendere dalla legge dello Stato di cui la persona è cittadino, si ammette pure, che il domicilio deve essere reputato decisivo per determinare il rapporto tra la persona e la legge rispetto ai cittadini di quegli Stati, i quali a somiglianza della Gran Bretagna hanno speciali legislazioni vigenti nelle diverse parti, nelle quali è diviso lo Stato. Così ad esempio nel sistema sancito dal legislatore italiano, volendosi determinare la legge personale di un cittadino della Gran Bretagna, bisognerà tener conto del domicilio di lui onde decidere se ad esso debba essere applicata la legge speciale vigente nella Scozia, nell'Irlanda o in Inghilterra, paesi che formano lo Stato della Gran Bretagna.

Bisogna pure tener presente, che il domicilio può avere un importanza decisiva in quei casi eccezionali, nei quali non si arrivi a determinare con sicurezza la cittadinanza, e che esso lo ha pure quando occorre determinare la legge delle persone giuridiche, e quando si tratti di determinare il luogo ove lo straniero può esercitare certi diritti, e tacciamo di altri casi, nei quali per determinare la legge, alla quale deve reputarsi soggetto il rapporto giuridico, o il fatto giuridico, è indispensabile riferirsi al domicilio. Per le quali cose tutte chiaro apparisce, come il concetto del domicilio e la determinazione di esso, siano cose di per loro stesse interessanti nelle questioni, che formano oggetto del nostro studio, potendo bene accadere, che l'autorità di una data legge possa dipendere dal domicilio.

A noi non incombe di trattare largamente tutta la materia› essendochè di essa se ne occupino gli scrittori di diritto civile, ma reputiamo utile soltanto di esporre quelle nozioni generali, che concernono l'oggetto speciale del nostro studio.

409. Il domicilio è un fatto giuridico. Ciascuna legge può invero determinare gli elementi che lo costituiscono, e le conseguenze giuridiche che da esso derivano, e intorno a ciò vi possono essere, e vi sono, notabili differenze, delle quali la più importante si è quella, che consiste nel ritenere il domicilio come base dello statuto personale. A riguardo però della nozione giuridica del domicilio tutti sono concordi nell'ammettere, che esso denoti la località o il paese, nel quale una persona ha fissato la sede principale dei proprii affari

ed interessi, di maniera che il concetto di domicilio corrisponde a quello di dimora principale reale permanente.

Cotesto concetto del domicilio è stato a noi tramandato dai giureconsulti romani, i quali così lo definirono: *In eodem loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum summam constituit; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet: und cum profectus est, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari jam destitit* (1).

410. In principio bisogna ammettere che ciascuna persona debba avere un domicilio, e che quando l'abbia acquistato essa lo conservi, finchè non ne abbia acquistato un altro. Bisogna inoltre ritenere, che uno debba essere il domicilio giuridico di una persona, imperocchè la pluralità sia esclusa dalla stessa nozione giuridica di esso, non potendosi ammettere che uno possa avere nel medesimo tempo due sedi reali principali, e permanenti. Si può soltanto concedere, che una persona possa avere più domicilii, ciascuno dei quali si riferisca ad un oggetto proprio. Così vi può essere il domicilio politico, il quale è di per sè stesso distinto dal domicilio civile; il domicilio di origine, il quale è quello che ciascuno acquista al momento della sua nascita, ed in conseguenza del semplice fatto della nascita; ed il domicilio di elezione, il quale è quello acquistato, da chi ne abbia la capacità, mediante il fatto reale, vale a dire lo stabilimento effettivo e permanente in una determinata località con l'intenzione di fissare ivi stabilmente la sede principale dei proprii affari ed interessi (*animus manendi*). Cotesto domicilio di elezione può essere acquistato altresì a riguardo di un determinato negozio giuridico, e questo si denomina domicilio speciale, ed è di per sè stesso distinto dal generale, perchè esso è determinato dalla elezione speciale fatta dalla persona, che a riguardo di certe determinate relazioni giuridiche abbia designata una speciale località per l'adempimento delle obbligazioni, che ne risultano, e per tutte le conseguenze, che da queste potessero derivare; o che l'abbia scelto per certi determinati atti giuridici, fissando

---

(1) L. 7, Cod. *de incolis*, 10, XXIX.

rispetto a questi il domicilio in una determinata località diversa da quella nella quale esso abbia il suo domicilio reale e generale.

411. Tutte siffatte distinzioni sono nel dominio della legge di ciascuno Stato, alla quale bisogna riferirsi onde decidere sotto quali diversi aspetti possa essere considerato il domicilio: quali siano gli elementi costitutivi di esso, e le circostanze, le ragioni e le cause che possono determinarne lo stabilimento: quali siano i fini ai quali può essere destinato il domicilio generale e lo speciale: quale la differente natura dei diritti, l'esercizio dei quali può essere determinato dal domicilio. Bisogna inoltre riferirsi alla legge di ciascuno Stato onde decidere se debba essere fatta qualche distinzione tra il domicilio, la residenza e la dimora sotto il rispetto dei diritti, che da tali fatti giuridici possono derivare.

In certi casi il domicilio è fissato dalla legge stessa, la quale per ragioni di ordine pubblico designa una determinata località come quella, che deve essere riguardata legalmente quale domicilio di certe persone. Questo è il domicilio legale, o domicilio di puro diritto, e quando si tratti di doverlo determinare, bisognerà pure riferirsi alla legge, alla quale la persona deve essere soggetta, onde decidere a norma di essa quale sia, nei casi da essa contemplati, il domicilio della persona, e se possa essere lecito a questa di derogare a quanto la legge in proposito dispone, e se possa o no avere alcuna efficacia per gli effetti giuridici il fatto contrario, quello cioè d'avere la persona, alla quale la legge assegna il domicilio di puro diritto, fissato realmente la sede principale degli affari ed interessi di lei in una località diversa da quella stabilita dalla legge.

Reputiamo pure opportuno di notare, che, quando secondo la legge di uno Stato sia fatta differenza fra il domicilio e la residenza (così come lo è ad esempio secondo la legge italiana) non solo è mestieri riferirsi a tale legge onde determinare gli elementi costitutivi dell'uno e dell'altra, ma per determinare altresì gli effetti giuridici che dall'uno e dall'altra possono derivare. Così il legislatore italiano, che ha sancito la distinzione, ha attribuito alla residenza certi effetti speciali, e bisognerà tener conto di quanto esso dispone nel caso in cui occorra di valutare gli effetti che ne possono derivare, come ad

esempio può accadere, qualora si trattasse di determinare la cittadinanza del figlio minore di colui, che avesse perduto la cittadinanza italiana, il quale diverrebbe straniero come il padre, purchè però non avesse continuato a tenere la sua residenza in Italia (1).

Non entra nell'ordine dei nostri studî di discutere le questioni, che concernono il domicilio sotto gli speciali punti di vista contemplati dai legislatori dei diversi paesi, dobbiamo invece limitarci ad accennare i principii generali, secondo i quali le leggi diverse devono essere applicate.

412. Fa d'uopo ritenere in principio che, siccome ogni persona acquista al momento della sua nascita, ed in conseguenza di essa il domicilio di origine, e siccome bisogna pure ammettere in principio che il domicilio acquisito dalla persona debba reputarsi ognora conservato da questa fino al giorno, in cui essa non ne abbia acquistato un altro, così, salvo il caso che si possa dare la prova di un domicilio acquisito, diverso da quello di origine, bisogna considerare in massima questo come domicilio della persona (2).

Tutte le leggi sono concordi nell'ammettere che il domicilio di origine del figlio legittimo, nato durante la vita del padre, è quello stesso che questo avea al momento della nascita di codesto figlio;

Che il domicilio di origine del minore figlio illegittimo o postumo è il domicilio della madre al momento della nascita di lui; che il domicilio d'origine del figlio nato da genitori ignoti è nel paese, nel quale egli sia nato, o ove sia stato trovato;

Che il domicilio d'origine del figlio legittimato è quello del paese in cui il padre avea il domicilio al momento della nascita di codesto figlio.

---

(1) Art. 11, n. 3°, Codice civile.

(2) La Corte di New-York decise che il domicilio d'origine non poteva ritenersi perduto in conseguenza della residenza prolungata in paese straniero, ma che sarebbe stato invece necessario che fosse stato acquistato ivi un nuovo domicilio in conformità della legge in vigore. Conseguentemente essa ritenne, che il testamento fatto in Francia da un americano ivi residente ed in conformità della legge americana, doveva essere reputato valido, a meno che non si fosse provato di avere il testatore perduto il suo domicilio d'origine. — New-York, 15 febbraio 1874 (*Journal du droit intern. privé*, 1874, p. 86).

413. A riguardo del domicilio di puro diritto o domicilio legale le leggi sono pure concordi nell'ammettere, che il minore non emancipato debba avere il domicilio della persona da cui giuridicamente esso dipende, e quindi quello del padre, e in mancanza di questi quello della madre, o in mancanza di entrambi quello del tutore; e che il maggiore interdetto debba avere lo stesso domicilio che il tutore di lui. Si vuole ammettere inoltre in massima, che quando la persona, alla podestà o all'autorità della quale uno è soggetto, muti il suo domicilio, tale mutamento da parte di essa debba produrre il conseguente mutamento del domicilio della persona soggetta alla podestà, o alla autorità di lei.

Dobbiamo peraltro notare, che a riguardo di quest'ultima regola una qualche diversità esiste fra le leggi dei diversi paesi, la quale consiste in questo, che cioè, mentre esse ammettono, che il domicilio del minore non emancipato debba ritenersi mutato, quando sia mutato quello del padre o della madre, alla podestà del quale esso sia soggetto, non ammettono parimente, che debba seguire lo stesso effetto quando in conseguenza della morte del genitore si sia istituita la tutela, o quando questa sia istituita a riguardo del maggiore in conseguenza dell'interdizione di lui. In Inghilterra ad esempio la giurisprudenza si è mostrata incerta nell'ammettere la regola, che il domicilio del minore debba ritenersi mutato ogni qualvolta che sia mutato il domicilio del tutore. Bisognerà quindi riferirsi in ogni caso alla legge del paese, di cui si voglia attribuire il domicilio al minore, onde decidere a norma di essa circa le conseguenze del mutamento del domicilio da parte del tutore a riguardo del minore, e a riguardo del maggiore interdetto.

Rispetto alla moglie, che non sia legalmente separata, si ammette pure generalmente, che debba essere attribuito ad essa lo stesso domicilio del marito, e che il domicilio di lei debba ritenersi mutato, quando sia mutato quello del marito.

414. In generale il domicilio di ogni persona giuridicamente acquisito deve essere reputato conservato da essa, fino a tanto che non ne abbia acquistato un altro. Per acquistare giuridicamente un nuovo domicilio è indispensabile, che la persona abbia la capacità di fare

ciò. Occorrerà quindi riferirsi alla legge personale onde decidere a norma di essa, se uno sia capace con la sua sola volontà di mutare il proprio domicilio, e quando invece uno debba essere reputato a ciò incapace e soggetto a riguardo del domicilio alla volontà della persona da cui esso dipende.

Quando l'incapace arrivi ad acquistare la capacità di scegliersi a volontà il domicilio, bisogna in massima ritenere, che il domicilio ad esso attribuito durante la sua incapacità sia da esso conservato, fino al giorno in cui di sua propria volontà non ne abbia operato il mutamento. In conseguenza di questo principio si ammette, che la moglie divenendo vedova conservi l'ultimo domicilio del marito, fino a tanto che essa non ne abbia acquistato un altro. Questa regola deve essere applicata altresì alla moglie divorziata, alla quale dev'essere attribuito il domicilio, che essa avea o immediatamente prima del divorzio, o quello che essa avea nel momento in cui fu pronunciata la sentenza, supposto che la medesima avesse potuto fissare a piacimento il suo domicilio durante il giudizio di divorzio.

415. Dalla regola testè esposta ne consegue, che ad ogni persona può essere attribuito, in qualunque circostanza essa si trovi, un domicilio, e che essa non può trovarsi mancante assolutamente di esso. Le ipotesi fatte da alcuni scrittori, i quali si sono sforzati d'immaginare circostanze eccezionali, nelle quali, a loro modo di vedere, una persona poteva essere reputata mancante assolutamente di domicilio, non hanno in verità alcun fondamento giuridico. Posto infatti il principio che ogni domicilio acquisito sia conservato fino al giorno, nel quale uno non ne abbia operato il mutamento, ne deriva, che il domicilio d'origine debba essere reputato conservato fino al momento, in cui sia stato acquistato di fatto un domicilio di elezione, e che questo debba essere reputato conservato fino al giorno, in cui non sia stato abbandonato: in conseguenza di che, o vi potrà essere acquisto di un nuovo domicilio di elezione, o si dovrà ammettere, che riprenda il suo valore il domicilio di origine; e qualora poi si sia perduta ogni traccia del domicilio d'origine della persona o sia accertato che la persona lo abbia assolutamente abbandonato, e che non abbia conservata alcuna relazione di sorta col suo paese nativo, biso-

gnerà riferirsi alla legge del luogo ove la persona nell'attualità dimori, e valersi di tutti i mezzi sussidiarii da questa indicati per determinare il domicilio, onde decidere in conformità di essa, quale, relativamente a quella data persona, debba essere reputata sua dimora principale, e determinare così il domicilio di lei.

Ogni contraria ipotesi deve ritenersi eliminata per la naturale considerazione, che, siccome non si può immaginare una persona senza una sfera, sia pure limitatissima di attività, e, qualora essa ne avesse in diversi luoghi, siccome non si può escludere che delle diverse sfere di attività, una per quanto si voglia limitata, debba essere rispetto alle altre la principale, così non si può immaginare una persona mancante assolutamente di un domicilio.

416. A riguardo delle persone giuridiche e delle corporazioni è mestieri osservare, che quantunque (come fu notato da Savigny), essendo il concetto del domicilio fondato sui rapporti della vita naturale dell'uomo, non possa trovare la sua applicazione alle persone giuridiche, pur non di meno, siccome la legge attribuisce a queste la capacità giuridica, ed una propria sfera di attività, così bisogna riconoscere che ad esse pure possa essere attribuito un domicilio analogo a quello che è attribuito alle persone naturali.

È vero, che il concetto del domicilio, il quale risulta in realtà dalla riunione di due elementi, da quello cioè della residenza stabile e permanente in una data località, e dall'intenzione di rimanere ivi, non possa a rigore trovare la sua applicazione che all'uomo, il quale può riunire il fatto all'intenzione, pure, siccome l'attività giuridica dalla legge attribuita a coteste persone si svolge in una determinata sede, e per la necessità delle cose bisogna pure assegnare ad esse una località permanente per tutti i loro rapporti coi terzi, i quali sono la conseguenza della stessa attività giuridica, che è ad esse attribuita, così non si può fare a meno di ammettere anche a riguardo di esse la necessità di un domicilio. Riesce facile comprendere, come quei motivi stessi, pei quali è indispensabile assegnare all'uomo un domicilio, sussistono per assegnarlo alle persone giuridiche limitatamente a quello che concerne lo sviluppo della loro attività ed i loro rapporti coi terzi.

417. Il domicilio di una persona giuridica o di una corporazione deve ritenersi stabilito nel luogo, in cui essa abbia fissata la sede principale dei proprii affari ed interessi. Non si può rispetto ad essa distinguere il domicilio, e la residenza, imperocchè tutto deve esclusivamente dipendere dalla sede principale degli affari, vale a dire da quella località che per la natura delle cose dev'essere reputata come centro dell'attività giuridica attribuita alla persona morale, o alla corporazione. È lo stabilimento di questo centro d'affari, quello che costituisce di per sè stesso il domicilio, come lo spostamento di esso ne produce il mutamento, e la cessazione la perdita assoluta. È chiaro che cotesto centro di affari della corporazione o ente morale, essendo di per sè stesso distinto da quello di ciascuna delle persone, che lo compongono, non può modificare il domicilio di ciascuna di queste. Conseguentemente il domicilio di una corporazione è essenzialmente distinto da quello delle persone che la compongono (1).

E qui cade in acconcio notare, che si deve ritenere come sede principale di affari di una società commerciale non già la località nella quale essa fa la massima parte dei suoi affari, ma quella invece ove trovasi stabilito il centro dell'Amministrazione e della sua gestione. Si deve quindi volgere l'attenzione a quello che concerne la parte amministrativa degli affari, onde determinare, avuto riguardo ad essa, la sede principale. In conseguenza di questo principio non si può considerare decisivo, nel determinare il domicilio di una società commerciale, l'atto costitutivo di essa. Anche quando da questo risulti essersi stabilita una sede diversa per la stipulazione e registrazione del con-

(1) La Corte di cassazione francese decise che una Società in partecipazione non avendo una sede sociale nel senso dell'art. 59, § 5, Cod. proc. civ., la domanda per scioglimento della società fatta da certi associati contro gli altri dev'essere portata non già dinanzi al giudice del luogo ove l'intrapresa, che formò oggetto della partecipazione avea avuto la sua esecuzione, ma bensì davanti al giudice del luogo ove gli associati convenuti erano associati, eccetto solo il caso che gli associati non avessero con convenzione formale costituito un domicilio sociale distinto dal loro domicilio reale, e fissata così una giurisdizione speciale per le difficoltà che potevano sorgere relativamente alla società. — Cass. req., 16 août 1865, Nicolas c. Dussard (*Journal du Palais*, 1866, 287).

tratto, per la riunione delle assemblee generali degli interessati, la revisione dei conti, e il riparto degli utili, supposto che la società così costituita abbia fissato in una data località lo stabilimento della sua impresa, e abbia ivi concentrato le sue forze economiche, e la sua attività per la gestione e l'amministrazione dell'azienda, ivi si deve ritenere fissato da essa il suo domicilio (1).

Bisogna conseguentemente tener presente, che il domicilio di una società commerciale non può dipendere dallo statuto di essa, nè dalle convenzioni fatte tra i soci; ma che invece, a riguardo di quello che concerne i rapporti di essa coi terzi, il domicilio deve dipendere esclusivamente dal fatto del principale stabilimento della società. Questo non esclude che i soci possano scegliere un domicilio distinto a riguardo di quanto può concernere i loro rapporti e le controversie che possono nascere tra di loro come associati nella medesima intrapresa; però cotesto domicilio di elezione, validamente stabilito rispetto ad essi, non potrebbe essere opposto ai terzi per quello che concerne i rapporti di questi colla società (2).

A riguardo delle corporazioni il domicilio di ciascuna di esse dev'essere determinato tenendo conto delle località, in cui ciascuna è stabilita, e ove essa adempie le funzioni, per le quali sia stata istituita. Questo principio può applicarsi al Comune, alla Provincia, agli istituti civili od ecclesiastici (ospedali, biblioteche, ecc.), ed in generale a tutti i corpi morali riconosciuti e considerati come persone.

418. Anche a riguardo delle corporazioni, siano esse civili o commerciali, può essere sollevato un dubbio, se una possa avere più domicilii. Cotesto dubbio può nascere sopratutto a riguardo delle società commerciali, supposto che esse abbiano il principale stabilimento in un paese ed una o più succursali in altri paesi. In principio bisogna ammettere, che una corporazione, così come ha per analogia un domicilio come l'individuo naturale, non può averne che uno soltanto al

---

(1) Confr. Corte di Milano, 30 novembre 1883. *The Province of Vicenza Steam Tramway Company Limited* (*Monitore dei Tribunali*, 1884, pag. 35).

(2) Cass. franç., 7 mars 1877 (*Dalloz*, 1877, 1, 104).

pari di esso. Se tutto deve dipendere dalla sede principale, nella quale sia stabilito il centro degli affari e degli interessi della corporazione, è chiaro, che cotesta sede principale e cotesto centro non può essere che uno solo. Deve per altro ammettersi senza dubbio, che, nell'ipotesi di una succursale della corporazione stabilita in paese diverso, tale fatto possa ognora attribuire competenza ai tribunali di quel paese relativamente alle controversie, che possono nascere nei rapporti della succursale coi terzi.

Tale competenza però deriva da altri titoli, e può essere certamente giustificata con un altro ordine di ragioni, ma non può essere considerata decisiva per risolvere la questione del domicilio della società, e condurre alla conseguenza che essa abbia due domicilii. Anche per l'individuo si verifica il caso, che a riguardo delle obbligazioni da esso assunte in una data località egli possa essere convenuto dinanzi ai tribunali, che ivi hanno giurisdizione, e senza che da ciò si possa dedurre che esso ivi abbia un altro domicilio distinto dal domicilio reale. Non bisogna quindi confondere la questione della competenza con quella del domicilio. Rispetto a questo a noi sembra, che la migliore opinione sia quella che ammette, che uno debba essere il domicilio della corporazione commerciale o civile, come uno è il domicilio dell'individuo naturale. Conseguentemente, supposto che una società commerciale avesse in un paese il suo stabilimento principale, ed in altri delle succursali, qualora nel caso di fallimento prevalesse il giusto concetto, che unico debba essere il giudizio di fallimento, e che questo debba essere dichiarato nel domicilio commerciale, ed involgere nelle conseguenze, che ne derivano, tutti i beni appartenenti alla società, in qualunque paese essi si trovino, e che di tutti questi si debba formare una massa sola, accettando il nostro ordine d'idee, ne seguirebbe, che nell'ipotesi di una società, la quale avesse uno stabilimento principale e più succursali, legate però con lo stabilimento principale per la unità dell'amministrazione, non dovesse essere necessario far dichiarare tanti fallimenti quanti fossero i paesi, nei quali le succursali si trovassero stabilite, imperocchè, siccome nell'ipotesi che unico sia il centro dell'amministrazione, unico dovrebbe ritenersi il domicilio, così unico dovrebbe essere il giudizio, unica la massa, e il principio del-

l'unità e dell'ubiquità degli effetti del fallimento varrebbe ad involgere nelle conseguenze di questo anche le succursali (1).

Soltanto nell'ipotesi che ogni stabilimento succursale avesse un centro proprio di attività (tutto che l'oggetto di questa fosse la medesima impresa) ed un'amministrazione distinta e separata, potrebbe assegnarsi ad esso un domicilio distinto, e nel caso di fallimento dovrebbe prevalere una regola diversa da quella da noi testè sostenuta. Questo però dovrebbe ammettersi per la considerazione, che ogni stabilimento che abbia un centro proprio d'attività ed una distinta amministrazione, quantunque appartenente alla medesima società, dovrebbe essere riguardato come una individualità a sè, e quindi come avente un proprio domicilio.

419. Avendo fino a questo punto esaminato quello che concerne la natura del domicilio, e l'acquisto e il cambiamento di esso, passiamo ora ad esaminare come gli elementi che lo costituiscono possano essere determinati e provati.

Spetta in generale a ciascuna legge di determinare i mezzi idonei a provare i fatti giuridici soggetti all'impero di essa, e questo medesimo principio dev'essere applicato a quanto concerne la deter-

---

(1) La teoria qui sostenuta fu da noi sviluppata nella monografia *Sul fallimento secondo il diritto internazionale privato* (Pisa, 1873).

Troviamo lo stesso concetto confermato dalla giurisprudenza delle Corti belghe, le quali hanno ritenuto che il fallimento delle succursali, dei depositi e stabilimenti accessorii esistenti in paesi diversi dev'essere compreso nel fallimento dello stabilimento principale senza che sia necessario far dichiarare tanti parziali fallimenti quanti essi siano.

Bruxelles, 12 août 1836 (David) (*Pas. Bel.*, 1836, 219, Bruxelles); 13 août 1851 (Heurtey) (*Pas. Bel.*, 1851, pag. 330); Liège, 20 mai 1848 (*Pas.*, 1848, pag. 211); Bruxelles, 9 nov. 1846 (*Pas.*, 1846, 309).

La Corte di Bruxelles applicò la massima ad una società inglese con responsabilità limitata che aveva il suo principale stabilimento a Londra, e che fu ivi dichiarata in istato di fallimento, e decise che non poteva essere dichiarato un nuovo fallimento nel Belgio per gli stabilimenti accessorii di essa ivi esistenti, e che i creditori belgi non potevano essere ammessi a provocare tale dichiarazione, 7 août 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 30).

Confr. Pardessus, *Droit Com.*, n° 1094 e n° 976.

Straccha, *de Decoct.*, n° 20 e seg., p. 469; Merlin, *Rép.*, v° *Faillite* sect. 11, art. 10.

minazione e la prova del domicilio come fatto giuridico. Cotesti mezzi possono essere diretti ed indiretti; i primi sono quelli determinati dalla legge onde stabilire in modo sicuro e non equivoco il fatto e l'intenzione di fissare il domicilio in una data località, i secondi quelli ordinati a stabilire il fatto medesimo mediante le presunzioni legali, e tutte le altre circostanze, che possono valere a determinare il fatto e l'intenzione. A riguardo di tali oggetti è mestieri riferirsi alla legge del paese, rispetto alla quale la persona o gl'interessati intendono dare la prova del domicilio. La maggior parte delle leggi sanzionano in principio, che il fatto della residenza in una data località unito alla doppia dichiarazione fatta dinanzi all'autorità competente del luogo che si abbandona, e di quella del luogo in cui uno voglia fissare il domicilio, sia la prova diretta la più sicura del cambiamento del domicilio (1).

Questa disposizione concerne veramente la prova diretta del mutamento di domicilio da una località in un'altra del medesimo Stato, laonde quando si tratti di uno straniero non dovrebbe essere reputato indispensabile il fare la duplice dichiarazione, bensì dovrà essere considerata come prova decisiva l'avere esso fissato una residenza in una data località dello Stato, e l'avere dichiarato all'ufficiale competente la sua intenzione di stabilire ivi il domicilio.

420. A riguardo poi delle presunzioni legali e della valutazione delle circostanze, che possono essere considerate come prova del domicilio, siccome l'apprezzamento ne è deferito ai tribunali di ciascun paese, così bisogna che questi tengano conto delle regole stabilite nella giurisprudenza, onde decidere a norma di esse, quali circostanze debbano essere considerate come prova del domicilio (2).

Secondo la giurisprudenza inglese ad esempio l'abitazione reale in un paese si considera di per sè stessa sufficiente a stabilire *prima facie* l'intenzione di fissarvi una residenza permanente, ed è reputata,

(1) Cod. civ. ital., art. 17; Cod. civ. franc., art. 104; Cod. neerlandese, art. 76.

(2) Intorno a questo punto la giurisprudenza è concorde. Vedi CLUNET *Journal du droit international privé*, 1887, pag. 611.

fino ad un certo punto, come prova del domicilio; tale presunzione può essere esclusa quando l'abitazione sia per la sua propria natura incompatibile con l'esistenza dell'intenzione di fissare la residenza permanente, o quando elimina di per sè stessa tale presunzione (1).

Secondo la giurisprudenza francese sono considerate come circostanze idonee a stabilire il domicilio l'avere una persona pagato la tassa di patente in un dato comune: l'avere essa nei contratti e negli atti dichiarato costantemente di essere domiciliato in una data località: l'essere egli comparso come convenuto in materia di azioni personali dinanzi al tribunale senza avere proposta la declinatoria d'incompetenza per domicilio.

In Austria, siccome a norma delle leggi direttive si presume che il domestico abbia lo stesso domicilio che il padrone di lui, allorchè con esso abiti, è stato ritenuto dalla costante giurisprudenza, che il famulato importi presunzione di domicilio comune del domestico col padrone.

In Italia è stato pure deciso che il pagare la tassa di fuocatico in un dato comune sia una valida presunzione per ritenere la persona ivi domiciliata.

Senza entrare in altri particolari poniamo come massima, che, quantunque il concetto del domicilio sia un concetto giuridico, la prova dello stabilimento di esso in una località determinata è una questione di fatto, e siccome l'apprezzamento delle circostanze dev'essere lasciato al prudente arbitrio del magistrato, che deve giudicarne, così non possiamo stabilire regole speciali relativamente a questa materia. Dobbiamo soltanto notare, che, siccome si deve presumere che ciascuno abbia conservato il domicilio che avea, fino a tanto che non abbia dato la prova contraria, perciò spetta all'interessato di dare tale prova, ed incombe al giudice di ritenere per presunzione la conservazione dell'antico domicilio, fino a tanto che la prova di averlo mutato e di averlo stabilito altrove non riesca completa ed univoca.

421. Reputiamo opportuno inoltre di notare, che rispetto allo straniero, salvo la questione della capacità di lui a fissare validamente il

---

(1) Dicey, *The Law of domicile*, table of rules, rule, 18, 19.

domicilio all'estero (la quale già dicemmo dovere essere decisa a norma della legge personale), i principii sanciti dal diritto territoriale, a riguardo della determinazione e della prova del domicilio rispetto ai cittadini, devono valere a parità di condizioni anche per gli stranieri.

Oggi non si contesta allo straniero la facoltà di fissare il domicilio nello Stato; evvi però qualche legge la quale sancisce la necessità di una autorizzazione da parte del Governo a riguardo dello straniero che voglia fissare il domicilio nello Stato (così è a norma del Codice civile francese, art. 13). Tale autorizzazione dovrebbe per altro reputarsi decisiva onde determinare lo stabilimento del domicilio di diritto, a cui la legge territoriale annette speciali effetti giuridici, ma per quello che concerne il domicilio di fatto non si dovrebbero applicare allo straniero regole diverse da quelle stabilite pel cittadino (1).

---

(1) Non reputiamo opportuno discutere la questione se di fronte al Cod. civ. francese lo straniero possa avere un domicilio in Francia senza essere autorizzato dal Governo. Sono discordi i giuristi e non uniforme la giurisprudenza.

Laurent opina che volendo stare a quello che la legge dispone, e che la giurisprudenza non può colle sue decisioni modificare « tout ce qui l'on peut soutenir, c'est que l'étranger n'a point de domicile en France, et que partant il n'y a qu'une résidence de fait, tant qu'il n'a pas reçu du gouvernement l'autorisation d'établir son domicile en France ». (*Droit civil international*, T. III, p. 457). Brocher dopo avere constatato che le sentenze relative a tale controversia sembrano contraddittorie dice non pertanto che la dottrina prevalente, tuttochè vivamente discussa, è, che « sous réserve de traités, l'étranger n'acquiert un vrai domicile en France, un domicile de droit comme on dit, que par l'autorisation prévue en l'article 13; mais il peut avoir, sans une telle autorisation, ce qu'on appelle un domicile de fait, ayant une partie des conséquences généralement produites par le domicile de droit ». (*Cours de droit international privé*, T. I, p. 254-255). Tralasciamo di discutere a fondo questa questione che concerne più direttamente l'applicazione della legge francese in Francia. La controversia diventa grave di fronte a quella legge, perchè essa, salvo i trattati, non concede il godimento dei diritti civili allo straniero se non quando sia stato autorizzato dal re a stabilire il domicilio in Francia (Art. 13, Cod. civ.). Si deve quindi ritenere che, a norma di quella legge, soltanto il domicilio stabilito con l'autorizzazione del Governo sia di per sè stesso efficace ad attribuire allo straniero il godimento dei diritti civili, e

422. Si ammette pure generalmente che il cittadino possa fissare il suo domicilio all'estero. Questa del resto è la giusta conseguenza del rispetto della libertà individuale. Così come si concede all'individuo di potere rinunciare alla patria e di naturalizzarsi all'estero, si deve con più ragione concedere ad esso di domiciliarsi all'estero. Alcune leggi soltanto hanno subordinato pure tale facoltà alla condizione della dichiarazione fatta dinanzi all'autorità competente dello Stato di volere trasferire il domicilio all'estero. Così disponeva il § 426 del regolamento legislativo giudiziario degli Stati pontificii del 10 novembre 1834, il quale imponeva a colui, che voleva trasferire il domicilio all'estero, di fare la dichiarazione dinanzi alla cancelleria del tribunale o del giudice locale. Tali restrizioni però non possono giustificarsi. Incombe ai tribunali dello Stato non solo di riconoscere in diritto la facoltà spettante al cittadino di fissare all'estero il domicilio, ma di riconoscere altresì il domicilio validamente stabilito, ogni qualvolta che le condizioni fissate dalla legge territoriale per l'esistenza di un domicilio nel territorio sieno state adempite, o si debbano ritenere verificate.

---

che conseguentemente il domicilio di fatto non abbia altra portata che quella medesima che è attribuita alla residenza, in quello che concerne la competenza giudiziaria e l'esercizio di certi determinati diritti. Si potrebbe dire che il concetto del domicilio è un concetto giuridico tradizionale, e che il legislatore francese nel definire il domicilio non poteva determinare gli elementi costitutivi di esso a riguardo dei francesi soltanto; dobbiamo non pertanto osservare che nel titolo del domicilio quel legislatore dice espressamente che contempla i francesi, art. 102. « Le domicile de tous Français, etc. ». Dobbiamo quindi concludere che l'opinione di Laurent trova il suo fondamento nella legge scritta.

La Corte di Parigi ritenne che uno straniero il quale avesse avuto in Francia la residenza di qual sì fosse durata e che vi avesse acquistato un immobile, non avrebbe potuto essere reputato quivi domiciliato, imperocchè i termini della disposizione dell'art. 13 Cod. civ. fossero formali e rigorosi e non ammettessero equivalenti all'autorizzazione che è richiesta allo stabilimento del domicilio in Francia per parte di uno straniero. — Paris, 29 juillet 1872 (Morant) (*Journ. du droit privé*, 1874, p. 122). Cass. fr., 19 mars 1872; Sirey, 72, 1, 238.

423. Per quello che concerne gli effetti giuridici che possono derivare dal domicilio è indispensabile di fare una distinzione sostanziale. Non si può contestare in principio, che fino a tanto che non sarà stabilito un accordo circa la determinazione della legge dei rapporti giuridici, la legge di ciascun paese debba essere reputata competente anche a determinare gli effetti che deve produrre un domicilio legalmente stabilito sul territorio soggetto alla sua autorità. Conseguentemente, qualora a norma della legge territoriale fosse disposto che i diritti civili o alcuni di essi dovessero essere regolati dalla legge del paese ove la persona fosse domiciliata, i giudici di quello Stato non potrebbero fare a meno di attenersi alla legge in esso vigente onde decidere a norma di essa circa gli effetti del domicilio ivi stabilito. Così deve dirsi nell'ipotesi che uno straniero abbia fissato il suo domicilio nella Gran Bretagna ove la maggior parte dei diritti sono retti dalla legge del domicilio (1). Siccome però la legge che faccia dipendere i diritti derivanti dallo stato personale dal domicilio non può avere autorità estraterritoriale, che rispetto ai cittadini soggetti all'impero di essa, così essa non può essere efficace ad attribuire ad uno straniero il diritto di domandare l'applicazione della legge del domicilio per le quistioni di stato personale nate da rapporti posti in essere nel luogo del suo domicilio, ove vigeva la legge che da questo faceva dipendere le norme regolatrici di tali rapporti.

In Inghilterra ad esempio si ammette come regola che un matrimonio debba essere ritenuto valido ogni qualvolta che ciascuna delle parti abbia la capacità di contrarre matrimonio coll'altra a norma della legge del domicilio rispettivo. Ora può bene accadere che il matrimonio celebrato da un italiano domiciliato in Inghilterra debba essere reputato valido a norma della legge inglese, e che debba pure

---

(1) Vedi per gli effetti giuridici del domicilio secondo il diritto inglese. STORY, *Conflict of law*, 7th. ed. — PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, vol. IV. — WESTLAKE, *Private International Law*.

Uno studio molto accurato su tale argomento è stato fatto da DICEY, *The Law of domicile;* opera tradotta in francese e completata da STOCQUART.

La medesima materia di fronte al diritto americano è stata accuratamente studiata da WHARTON, *Private International Law*.

essere esclusa qualunque azione diretta ad ottenere l'annullamento di esso, però non si potrebbe sostenere che la validità o l'annullabilità di tale matrimonio dovesse essere decisa anche a norma della legge inglese fuori dei dominii britannici. Senza dubbio un italiano non potrebbe addurre dinanzi ai tribunali italiani di avere celebrato un matrimonio valido in conformità della legge del suo domicilio, se essa fosse diversa dalla legge italiana, ma soggiungiamo altresì che qualora la questione fosse sollevata dinanzi ai tribunali francesi o a quelli di quei paesi i quali ritengono che la capacità a fare atti validi debba essere determinata a norma della legge dello Stato di cui uno sia cittadino, anche quando questi siasi domiciliato all'estero, non si potrebbe a buon diritto sostenere, che gli effetti giuridici del domicilio dovessero essere valutati a norma della legge del paese in cui codesto straniero trovavasi domiciliato.

La distinzione sostanziale perciò è quindi questa, che cioè per gli effetti giuridici che possono derivare dal domicilio deve tutto dipendere dalla legge territoriale, purchè però non si tratti di effetti che concernano lo stato della persona e i rapporti di famiglia, i quali devono essere retti dovunque a norma della legge dello Stato di cui ciascuno è cittadino, supposto che questa sia la regola sancita dalla legge personale a riguardo dello stato di esso, e dei rapporti di famiglia, e che possono dipendere dalla legge del domicilio rispetto a coloro soltanto, che siano cittadini di uno Stato, la di cui legge disponga, che lo statuto personale debba dipendere dal domicilio.

CAPITOLO VI.

Dell' assenza.

424. Carattere giuridico dell'assenza. — 425. Le leggi contemplano tale condizione e quella di chi non è presente. — 426. Sono diverse le disposizioni relative all'assenza anche per quello che riguarda il concetto stesso dell'istituto. — 427. È necessario determinare quale legge dev' essere applicata. — 428. Teoria di Brocher, di Laurent, di Barde, di Rocco. — 429. Opinione nostra. — 430. Casi nei quali dev' essere applicata la legge territoriale. — 431. Casi nei quali dev' essere applicata la legge personale. — 432. Del tribunale competente a dichiarare l'assenza e della legge secondo cui deve giudicare. — 433. Non può giustificarsi la distinzione tra i rapporti personali, e quelli patrimoniali derivanti dall'assenza sotto il punto di vista della legge applicabile ad essi. — 434. Assurdi che derivano dal fare tale distinzione. — 435. Come si possa ottenere il possesso provvisorio dei beni di un assente in conformità della legge personale. — 436. La condizione giuridica dell'assente nel periodo che precede la dichiarazione di morte deve dipendere dalla legge personale di lui. — 437. Come a riguardo dei diritti sui beni possa essere applicata la legge territoriale. — 438. Dell'efficacia internazionale della sentenza che abbia dichiarato l'assenza. — 439. Come i principii secondo il diritto scientifico non sieno sempre conformi a quelli sanciti dalle leggi positive.

424. La parola *assente* intesa nel senso volgare denota colui che non è presente in un determinato luogo, ovvero colui che si trova lontano dalla sua residenza abituale. I legislatori medesimi hanno adoperata questa parola attribuendole tale significato. Così ha fatto ad esempio il legislatore nostro, il quale nell'articolo 166 del Codice civile adoperò la parola assente per denotare la condizione di colui che non si trovi nel luogo, in cui sia nato il figlio, che egli voglia ricusare di conoscere per suo; e così pure adopera la parola assenza nell'articolo 255.

Nel senso tecnico è denominato assente la persona che abbia cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o nel luogo della sua ultima residenza senza che se ne abbiano notizie.

425. La condizione giuridica di colui, che può essere qualificato assente nel senso tecnico della parola, ha meritata speciali considerazioni da parte delle leggi, le quali, dovendo provvedere a tutelare gli interessi delle persone, quelli della famiglia, e quelli dei terzi hanno dovuto naturalmente prendere in considerazione lo stato di cose che consegue dal fatto di uno, che non sia presente nè in persona nè per mezzo di un suo rappresentante nel luogo, in cui si trovi il centro dei suoi affari ed interessi, onde provvedere alla conservazione del suo patrimonio ed alla tutela di tutti i suoi diritti. Oltre la necessità di provvedere con sollecita cura a tutelare gl'interessi della persona medesima, che avendo cessato di comparire non dia più notizie di sè, evvi quella non meno imperiosa di tutelare gl'interessi dei terzi, che possono avere diritti sui beni dell'assente, i quali sarebbero deteriorati, se fossero lasciati a lungo senza padrone; ed evvi inoltre l'interesse sociale a che la regolare trasmissione dei beni non sia interrotta a tempo indeterminato.

Tutte coteste gravi ragioni, per tacere di altre, valgono a provare come la condizione giuridica di colui che possa essere legalmente qualificato assente costituisce di per sè stessa una posizione giuridica del tutto speciale, e che dev'essere governata da particolari norme.

I legislatori hanno pure contemplato la posizione di una persona che non sia presente nel luogo, nel quale occorra di provvedere alla tutela dei suoi interessi. Così ad esempio il legislatore italiano se ne occupa nel Codice di procedura civile negli articoli 848, 849, 868, per tacere di altri, e negli articoli 255, 135 del Codice civile ed in altri, ed il legislatore francese dispone pure intorno a ciò negli articoli 909, 910, 928 del Codice di procedura civile ed in altri. Noi non ci occuperemo di coteste disposizioni generali, le quali, quando devono essere applicate, lo devono essere anche per quella parte che provvede alla rappresentazione di una persona non presente, sia che si tratti di procedimenti nel giudizio o di un atto conservativo, sia che si tratti dell'esercizio dei diritti privati alla persona spettanti. Ogni qualvolta l'esistenza di essa è certa, la non presenza può provocare pure certi provvedimenti indispensabili pel regolare andamento degli atti giuridici, ma questi sono di natura essenzialmente diversi da quelli

che concernono la persona, della quale non è certa l'esistenza a cagione della mancanza di sue notizie da un tempo più o meno considerevole.

Noi dobbiamo occuparci di cotesta ultima condizione di cose, ed investigare quale sia la legge dalla quale devono dipendere la dichiarazione giuridica dell'assenza e tutti gli effetti che da essa derivano ed a riguardo dei beni ed a riguardo dei diritti e degl'interessi dei terzi.

426. Giova premettere, che le disposizioni di diritto positivo in materia di assenza sono diverse. Per quello infatti che concerne il tempo richiesto per provocare la dichiarazione di assenza la legge italiana dispone che dopo 3 anni continui di assenza presunta, o dopo 6 ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare, i presunti eredi legittimi ed in loro contradditorio i testamentari e chiunque crede di avere sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui possono domandare al tribunale che l'assenza sia dichiarata (1). Il Codice francese concede tale diritto agl' interessati dopo quattro anni (2). Il Codice olandese richiede 5 anni, se l'assente non lasciò un procuratore, e 10 anni, se lasciò un procuratore (3). Il Codice prussiano stabilisce che la dichiarazione di morte può essere provocata dal più prossimo parente, o dal tutore dell'assente, se sono passati 10 anni dal tempo in cui si ebbero le ultime novelle (4). Il Codice austriaco ha le seguenti disposizioni. Un assente non può essere reputato morto che nei seguenti casi: se egli ha l'età di 80 anni e non

---

(1) Art. 22 Codice civile. — Vedi sull'istituto dell'assenza secondo il Codice civile italiano Colamarino, *Elementi di diritto civile italiano*, vol. I, pag. 69 e seg.

(2) Art. 215 Codice civile.

(3) Articoli 520, 523 e 526 *Code civil néerlandais*.

La legge del 9 luglio 1855 ha modificato gli articoli 523, 526 e 549 del Codice neerlandese a riguardo di coloro che siano dispariti in conseguenza di sinistri marittimi presunti o conosciuti limitando rispetto ad essi il tempo a tre anni, quando sia constatato che l'assente faceva parte dell'equipaggio o dei passeggieri di una nave, della quale non si abbiano più notizie, e ad un anno quando l'assente sia disparito in conseguenza di un accidente di mare, che abbia cagionato la perdita di una nave, di una parte del suo equipaggio, e dei passeggieri.

(4) Art. 82 Codice civile.

se ne abbiano notizie per 10 anni a contare dall'epoca della scomparsa. Se non se ne hanno notizie per 30 anni. Se fu gravemente ferito in una battaglia o si sia trovato su di una nave che si sia perduta e non se ne abbiano notizie da 3 anni (1).

Giova pure tener presente che il procedimento richiesto onde far pronunciare la dichiarazione di assenza è diverso secondo le diverse leggi.

Il concetto stesso che informa l'istituto dell'assenza ed il fondamento giuridico di essa non è al certo uniforme nei diversi sistemi di leggi. Il nostro legislatore ad esempio considera l'assente come un uomo la di cui esistenza è incerta, e siccome ritiene in principio che nessuno possa essere ammesso a reclamare un diritto in nome di una persona, di cui s'ignori l'esistenza, se non provi che essa esisteva quando quel diritto è nato, provvede a regolare la condizione giuridica della persona la cui esistenza sia divenuta incerta e le conseguenze che da essa derivano. Esso quindi concede prima l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, e solo quando l'assenza sia continuata per lo spazio di 30 anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, o siano trascorsi 100 anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro, accorda la immissione nel possesso definitivo, la quale dev'essere concessa dal tribunale sull'istanza delle parti interessate. Il Codice austriaco invece equipara l'assenza ad una presunzione di morte, e non ammette il possesso provvisorio, bensì accorda agl'interessati, quando sia il caso, di far pronunciare la dichiarazione di morte, e quando poi questa sia stata pronunciata e sia passata in giudicato, ritiene la sentenza efficace a stabilire in diritto come giorno della morte dell'assente il giorno in cui essa sia passata in giudicato (2). Bisogna poi aggiungere che a norma di detto Codice la dichiarazione di morte non spoglia l'assente dei diritti ad esso spettanti, che in confronto delle persone che abbiano provocata la dichiarazione di morte, rispetto agli altri l'assente è equiparato ai presenti.

---

(1) Art. 24 Codice civile.
(2) Articoli 277 e 278 Codice civile.

Il Codice neerlandese ammette parimente la dichiarazione della presunzione di morte (1).

427. Senza dilungarci ulteriormente ad esporre come siano diverse le leggi che regolano l'assenza, quello che abbiamo già detto ci sembra sufficiente a far conoscere come dall'applicare l'una o l'altra legge possano derivare gravi conseguenze giuridiche e per quello che concerne la condizione giuridica della persona, e per quello che concerne i diritti spettanti ai terzi sui beni dell'assente.

Quale dev'essere la legge che di per sè stessa deve regolare la condizione che deriva dall'essere divenuta incerta la esistenza di una persona in conseguenza della mancanza di sue notizie da un tempo più o meno considerevole? Quale quella che deve regolare le misure prescritte in questa situazione eccezionale? Quale quella che deve regolare i diritti spettanti ai terzi ed agli interessati, e tutte le conseguenze giuridiche dell'assenza rispetto al patrimonio lasciato dall'assente?

I giuristi hanno discusso intorno alla natura della legge che regola l'assenza, se cioè essa debba reputarsi formar parte dello statuto personale o dello statuto reale, onde potere dedurre dalla natura stessa della legge il criterio per decidere, se tutto deve dipendere dalla legge del paese che deve regolare la condizione giuridica della persona, o da quella del luogo ove si trovino i beni, ai quali occorre provvedere, e sono state diverse le conclusioni alle quali sono arrivati e gli uni e gli altri.

428. Brocher è di parere che le disposizioni che concernono l'assenza fanno parte dello statuto reale, perchè esse mirano principalmente a conservare le cose ed i diritti che ad esse si riferiscono. Egli ammette che la legge personale debba essere applicata soltanto per quello che concerne gli effetti, che possono derivare dall'assenza, a riguardo del presumere sciolto il matrimonio, della sorveglianza dei figli, dell'esercizio della patria potestà e via dicendo (2).

Laurent dice che bisognerebbe ammettere in principio che lo statuto dell'assenza sia personale, egli però inclina a dare la preferenza

(1) Art. 524 e seguenti.
(2) BROCHER, *Cour de droit international privé*, tome 1er §§ 85, 86.

alla teoria tradizionale, la quale, considerando che le disposizioni mirano principalmente a conservare i beni appartenenti all'assente e alla sua famiglia, riconosce in esse il carattere dello statuto reale. L'insigne giurista discute con molta benevolenza l'opinione da me precedentemente manifestata, che cioè nelle disposizioni sull'assenza predomina il carattere dello statuto personale (1).

Barde sostiene più decisamente che l'assenza debba essere regolata dalla *lex rei sitæ*, perchè in sostanza egli dice, tutto si riduce ad un cambiamento della condizione giuridica dei beni, e lo stato e la capacità dell'assente non sono in nulla modificati con la dichiarazione di assenza (2).

Rocco, che avea discorso prima di tutti intorno a questo argomento, aveva stimato di distinguere il fatto giuridico dell'assenza in quello che essa ha intima attinenza con lo stato della persona, pel quale, egli dice, rientra sotto la signoria della legge personale, da quello che concerne gli effetti reali che derivano da essa sui beni dell'assente, pei quali, egli dice: deve primeggiare la *lex rei sitæ*. Dalle quali premesse lo scrittore ne deduce « che pel possesso provvisorio dei beni dell'assente, per sapere a chi quello debba concedersi e dopo quanto tempo dall'assenza, e come regolare l'amministrazione dei beni, se esigendo o no alcuna cauzione, e per quanto tempo debba durare la cauzione stessa, e come ripartire i frutti nel caso che ricomparisca l'assente, ed intorno ad altrettali cose, tutto dipende dalla legge della cosa sita, e però si debba fare la distinzione dei beni mobili e dei beni immobili. Insomma dopochè l'autorità del domicilio avrà proclamato l'assenza, cadauno altro Stato in ordine ai beni siti nella cerchia del proprio paese applicherà gli effetti giuridici dell'assenza conforme alle esigenze delle leggi territoriali » (3).

429. Noi reputiamo di non dovere mutare sostanzialmente l'opinione precedentemente manifestata (4) che cioè, siccome le disposizioni

(1) *Droit civil international*, Tome 6, § 336 e seguenti.

(2) *Théorie traditionelle des Statuts*, pag. 109.

(3) *Diritto civile internazionale*, parte 3ª, cap. XXVIII.

(4) Vedi §§ 74-77 della 1ª edizione di codesta mia opera pubblicata nel 1869 (Firenze, Le Monnier).

che concernono l'assenza, prese nel loro insieme, sono ordinate a tutelare gli interessi della persona scomparsa e quelli della sua famiglia, la competenza legislativa per provvedere a tale riguardo dev'essere in principio attribuita alla sovranità dello Stato, di cui l'assente è cittadino, e conseguentemente riconosciamo nella legge relativa il carattere predominante dello statuto personale. Concediamo quello che è stato osservato da Barde e da Laurent, che cioè l'assenza non produce una vera e propria mutazione di stato e di capacità, essendo chè l'assente non sia riguardato dal legislatore come una persona, la di cui condizione sociale subisca una modificazione, dalla quale derivi un mutamento di capacità, ci sembra nonpertanto, che l'assenza costituisca di per sè stessa una condizione giuridica singolare, e del tutto eccezionale, che pone la persona nella incapacità di fatto di amministrare i suoi beni, e di esercitare i proprii diritti, e che richiede conseguentemente l'opera del legislatore ed il ministerio della legge.

In ogni modo poi ci pare chiaro, che tutti i legislatori hanno più o meno largamente provveduto a tutelare gl'interessi delle persone, che scompariscono, e lasciano famiglia e patrimonio in abbandono, perchè incombe ad essi di tutelare tutti coloro che fanno parte del consorzio civile, e che hanno diritto di essere protetti dalla legge, che lo governa: laonde la legge sull'assenza non mira direttamente ad altro che a regolare la condizione giuridica di colui *che non si sa se e dove esista*. Ora, siccome la legge a ciò chiamata non può essere altra che quella sotto l'impero della quale ciascuno civilmente vive, e da cui deve essere protetto, così bisogna ammettere, che la competenza legislativa debba essere attribuita al Sovrano dello Stato, di cui la persona scomparsa è cittadino.

Qual interesse può avere il Sovrano territoriale a regolare colle proprie leggi la condizione giuridica di uno straniero, di cui non si sa se e dove esista? È forse egli chiamato a regolare colle proprie leggi i diritti e gli interessi di lui, e quelli della famiglia di lui? Che se poi si consideri che l'assenza produce sotto certo rispetto le medesime conseguenze, che derivano dalla successione, imperocchè essa rappresenta una specie di anticipata apertura della medesima, e che la successione e gli effetti che da essa derivano devono pure essere

governati dalla legge personale di colui, della cui eredità si tratti, di qualunque natura sieno i beni ed in qualunque paese si trovino, si arriva così ad avvalorare sempre più la regola, che tende a stabilire in principio la preferenza della legge personale di colui, che sia scomparso senza dare più notizie.

430. Dobbiamo per altro notare, che cotesta legge non può applicarsi sotto ogni rispetto onde regolare a norma di essa l'assenza e tutte le conseguenze giuridiche che da essa derivano, imperocchè tra i provvedimenti che mirano a tutelare gl'interessi degli assenti, e quelli delle persone presenti, che possono avere relazione con essi, e a conservare il patrimonio lasciato in abbandono dall'assente, ve ne sono alcuni, che devono essere riguardati come misure di polizia motivate dall'obbligazione sociale, che incombe a ciascuna sovranità, di tutelare gl'interessi delle persone e la conservazione delle cose sul territorio dello Stato, e di provvedere alla loro custodia e conservazione. Tali sono tutte le misure provvisorie conservative, secondo la legge territoriale, in quello stadio, che precede la dichiarazione di assenza, come ad esempio sono quelle contemplate dalla legge italiana dall'art. 21 del Codice civile, il quale provvede a che sia nominato chi rappresenti l'assente in giudizio o nella formazione degli inventari o dei conti, e nelle liquidazioni e divisioni cui egli sia interessato, e che attribuisce al tribunale la facoltà di decretare tutti quei provvedimenti, che possono essere necessarii alla conservazione del patrimonio, quando vi sia semplice presunzione di assenza.

Siccome coteste disposizioni, e le altre somiglianti sancite dalla legge di altri Stati, mirano direttamente alla conservazione delle cose e dei diritti, che ad esse si riferiscono, così devono essere considerate come disposizioni di polizia e di sicurezza, ed hanno conseguentemente l'autorità medesima, che compete alla legge territoriale o allo statuto reale.

431. Noi riteniamo invece doversi applicare la legge personale, qualora sia il caso di pronunciare una dichiarazione di assenza o la dichiarazione di morte, imperocchè, siccome spetta a ciascuna sovranità il diritto di tutelare gl'interessi delle persone ad essa legate coi rapporti di cittadinanza, e quelli delle loro famiglie, anche sui beni che ad esse

appartengono, e che sono situati in territorio straniero, ogni qual volta che dall'esercizio di tale diritto non derivi offesa a quelli della sovranità territoriale, e siccome il sovrano territoriale non può avere alcun interesse a regolare colle proprie leggi i rapporti di una famiglia straniera sul patrimonio famigliare, o quelli degli eredi testamentari che possono avere sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, così ci sembra, che a riguardo di tali provvedimenti debba ammettersi a preferenza la competenza della legge personale, la quale deve governare i rapporti delle persone sul loro patrimonio e la trasmissione del medesimo a coloro, che possono avere diritti dipendenti dalla morte di esse.

In conseguenza di questi principii noi opiniamo che se, a modo d'esempio, un olandese domiciliato in Italia sia cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o nel luogo della sua ultima residenza senza che di lui se ne abbiano più notizie, tutti coloro che potessero avere diritti sui beni della persona scomparsa dipendenti dalla morte, non potrebbero domandare al tribunale nostro che l'assenza fosse dichiarata dopo tre anni continui a contare dal giorno in cui si ebbero le ultime notizie a norma di quanto dispone il Codice civile italiano con l'art. 22. Come ammettere che la legge nostra, la quale non è chiamata a regolare la successione legittima o testamentaria di un olandese, possa essere poi chiamata a regolarla quando si tratti di attribuire diritti dipendenti dalla morte di lui?

Nel sistema che ammette, che la successione immobiliare debba essere regolata dalla *lex rei sitæ*, si può giustificare la teoria che fa dipendere i diritti eventuali sul patrimonio dell'assente dalla legge territoriale, ma nel sistema, che noi abbiamo dimostrato dover essere preferito, che fa dipendere la trasmissione del patrimonio di una persona a causa di morte dalla legge personale della medesima, non si può fare altrimenti, per essere conseguenti, che ritenere tutto il sistema dell'assenza sommesso per le medesime ragioni alla legge personale dell'assente. Nel caso proposto occorrerebbe quindi, trattandosi di un olandese, di riferirsi a quanto dispone il Codice civile dei Paesi Bassi, il quale contempla la dichiarazione di presunzione di morte come il fondamento dei diritti e delle obbligazioni degli eredi

presunti e degli altri interessati dipendenti dalla presunzione della morte dell'assente. Noi non sappiamo vedere in tutto il sistema che regola l'assenza, il carattere delle leggi di polizia e di sicurezza, come è stato sostenuto da Brocher, il quale ha opinato che debba applicarsi la legge territoriale, perchè ha considerato tutte le disposizioni comprese tra quelle, a cui si riferisce il primo comma dell'articolo 3 del Codice civile francese. Ci sembra invece, che il sistema dell'assenza, preso nel suo insieme, presenti lo stesso carattere che lo statuto successorio, e che debba essere quindi sommesso alle stesse norme che la legge della successione.

432. La questione che può sorgere naturalmente, a nostro modo di vedere, non è quella che concerne la legge in base alla quale l'assenza dev'essere dichiarata, ma quella invece che concerne la competenza del tribunale chiamato a pronunciare la dichiarazione di assenza o di presunzione di morte. Non è questo il luogo di trattare largamente di ciò, notiamo soltanto, che il semplice fatto di trovarsi in uno Stato gl'immobili, sui quali gl'interessati credano avere diritti dipendenti dalla morte della persona scomparsa, può legittimare al certo la competenza del tribunale territoriale per quanto possa riguardare le misure provvisorie e conservative sancite dalla *lex rei sitæ* per la conservazione dei beni, ma non può parimente attribuire al tribunale territoriale la competenza per pronunciare la dichiarazione di assenza. Questa deve essere principalmente attribuita ai tribunali nazionali della persona, che abbia cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o nel luogo della sua ultima residenza, anche quando la persona fosse domiciliata o residente all'estero.

Può inoltre reputarsi competente il tribunale dell'ultimo domicilio o residenza della persona, perchè in verità per la natura stessa delle cose la dichiarazione di assenza non può essere con più cognizione di causa pronunciata, che nel luogo dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza, perchè ivi solamente si possono raccogliere le prove e valutare le cause più o meno probabili dell'allontanamento e della mancanza di notizie della persona (1). In ogni modo, a parte la questione

---

(1) Ritenne la massima contraria la Corte di Douai, la quale conside-

di competenza, noi riconfermiamo la opinione precedentemente sostenuta, che cioè, quando il tribunale di uno Stato possa ritenersi competente a pronunciare la dichiarazione d'assenza, esso debba attenersi alla legge personale del presunto assente, e a quanto essa dispone in proposito per tutto quello che concerne il fondo del diritto, e che può soltanto attenersi alla legge territoriale per quello che concerne la forma del procedimento e l'ordine del giudizio.

433. In conseguenza dei principii da noi accettati non possiamo seguire l'opinione di coloro, i quali vorrebbero scindere tutto il sistema che regola l'assenza, ammettendo l'autorità della legge personale in quello che essa regola le conseguenze derivanti dall'assenza sui rapporti personali, come sono quelli che concernono i rapporti fra i conjugi, il diritto di celebrare il secondo matrimonio, l'esercizio della patria podestà e via dicendo, e l'autorità poi della *lex rei sitæ* per tutti gli effetti che seguono dall'assenza sul patrimonio. Siccome tutte le conseguenze giuridiche che derivano dall'assenza, riposano su di un concetto unico ed indivisibile, quello cioè della presunzione della vita o della morte dell'assente, come ammettere che tale concetto possa poi essere disgregato considerando i singoli rapporti derivanti dal medesimo fatto giuridico, constatato in applicazione del medesimo concetto, come se fossero fatti isolati e senza connessione? Se tutto dipende dalla vita o dalla morte come ammettere che la presunzione di morte possa essere regolata sotto un rispetto da una legge e sotto altro rispetto da legge diversa? Può forse ammettersi che la stessa persona possa essere

---

rando che a norma del Codice di procedura francese, art. 59, le azioni sull'istanza di un francese contro uno straniero possono essere introdotte dinanzi ai tribunali francesi sopratutto quando esse abbiano per oggetto gli immobili posseduti in Francia, decise che il tribunale civile francese dovea ritenersi competente a giudicare circa l'assenza di uno straniero. Vogliamo però notare che la medesima Corte ritenne nella stessa sentenza che le disposizioni del Codice Napoleone relative agli assenti non potevano essere applicate a stranieri, e sopra tutto a quelli che non avevano in Francia nè domicilio, nè residenza. Le disposizioni dell'assenza, essa disse, che toccano sì dappresso lo stato delle persone, e che modificano sì profondamente tale stato non possono essere applicate a stranieri.— Douai, 2 août 1854 (*Journal du Palais*, II, 1854, pag. 573).

reputata quivi viva, altrove morta? A noi sembra chiaro, che siccome il complesso delle disposizioni che si riferiscono all'assenza formano un sistema unico ed indivisibile, la di cui base è un concetto unico, quello cioè della presunzione della vita o della morte dell'assente stesso, così tale sistema non si può disgregare senza scindere l'unità stessa del concetto, col quale l'assenza da ciascuna legislazione è organata.

434. Gli assurdi ai quali si arriva accettando la teoria di Rocco, seguita in parte da Brocher e da Barde, valgono a riconfermare la nostra opinione.

A norma del Codice civile italiano ad esempio non si può ottenere la immissione nel possesso definitivo, se non quando sieno trascorsi 100 anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro (art. 36). A norma invece del Codice civile austriaco la dichiarazione di morte, da cui dipende il possesso definitivo, può essere dimandata e decretata quando dal giorno della nascita in poi sia trascorso un periodo di 80 anni, e da 10 anni s'ignori il luogo di dimora della persona mancante: la dichiarazione di morte può essere decretata altresì rispetto ad uno che sia stato gravemente ferito in guerra, e che a contare da quell'epoca sia mancato per 3 anni consecutivi. Ora, accettando il principio che per i diritti reali sugli immobili della persona mancante debba applicarsi la *lex rei sitæ*, ne seguirebbe, che gl'interessati potrebbero ottenere in Austria il possesso definitivo dei beni d'un italiano assente nelle circostanze contemplate nell'art. 24 del Codice civile austriaco, mentre che in quelle medesime circostanze non sarebbe spirato l'ultimo termine di presunzione dell'esistenza della persona mancante di fronte alla legge nostra: di maniera che accadrebbe che il medesimo giorno sarebbe in diritto come il giorno della morte di un italiano per tutte le conseguenze derivanti dalla morte a riguardo dei beni immobili ad esso appartenenti ed esistenti nell'impero austriaco, ma siccome poi non sarebbe spirato l'ultimo termine di presunzione dell'esistenza di fronte alla legge italiana, e quindi lo scomparso a seconda di questa non si potrebbe in diritto considerare ancora come morto, così accadrebbe che la medesima persona potrebbe trovarsi nello stesso giorno ad essere morta rispetto all'Austria e non ancora morta rispetto all'Italia.

Cotesti inconvenienti non possono verificarsi nel sistema da noi propugnato, ed è a fine di evitarli, che non possiamo seguire l'opinione di Laurent, che in questa materia si mostra esitante nel riconoscere l'autorità della legge personale, e ripetiamo, come abbiamo già più volte detto, che tutto deve dipendere dalla legge personale.

435. Nel nostro ordine d'idee nulla potrebbe ostare a che si ottenesse il possesso provvisorio dei beni dell' assente dagli eredi testamentari o dagli eredi legittimi, dai legatari, dai donatari, e da tutti coloro, che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, tuttochè a norma della legge territoriale relativa all'assenza fosse provveduto diversamente. Quale interesse potrebbe avere la sovranità territoriale per negare l'immissione nel possesso temporaneo nei beni ai chiamati secondo la legge personale dell'assente? Può forse sostenersi che il diritto sociale sia in causa, e che ne resterebbe offeso, se l'esercizio dei diritti dipendenti dalla morte di uno straniero fosse regolato a norma della legge estera, alla quale la persona stessa fosse soggetta?

Non varrebbe l'addurre che gl'immobili devono essere retti dalla legge del luogo, in cui sono situati, e che questa pure deve regolare il possesso degli immobili, imperocchè qui non si tratta di rapporti sugli immobili, che possono interessare il diritto sociale, nè di possesso puro e semplice dei medesimi, ma di diritti appartenenti alle persone e dipendenti dalla condizione della morte del dante causa, e non possiamo trovare in ciò nulla, che giustifichi il disconoscere l'autorità della legge personale.

Come per contrario se a norma della legge personale non fosse ammessa la immissione nel possesso temporaneo, e fosse provveduto che, per amministrare i beni dell'assente dovesse essere nominato un curatore, non si potrebbe concedere in tal caso il possesso temporaneo dei beni dell'assente a norma della legge territoriale, bensì il magistrato competente dovrebbe provvedere all'amministrazione dei medesimi mercè la nomina di un curatore.

436. Per le medesime ragioni si dovrebbe decidere a norma della legge personale circa la condizione giuridica dell'assente durante il periodo, che precede la dichiarazione di morte, e circa i diritti eventuali

che al medesimo potessero spettare. Se a modo d'esempio a norma della legge personale una persona mancante sia assimilata ad una persona presente fino a tanto che non sia stata pronunciata la dichiarazione di morte, e fosse poi stabilito che quando questa sia pronunciata la sentenza dovesse produrre i suoi effetti dal giorno in cui fosse passata in cosa giudicata, bisognerebbe attenersi a tale disposizione, anche quando si trattasse di applicarla in altro paese, ove fossero in vigore leggi diverse e ivi si trovassero gl'immobili. Conseguentemente, qualora un austriaco potesse essere qualificato assente a norma della legge del suo paese, siccome questa attribuisce all'assente fino alla dichiarazione di morte i diritti eventuali, che competano ai presenti, così, se prima che questa sia passata in cosa giudicata, esso sia chiamato, supponiamo, a raccogliere l'eredità del padre morto *ab intestato*, ed una parte degli immobili ereditari si trovasse in Italia, non potrebbe essergli negato di raccoglierla. Il magistrato austriaco, dovendo considerare la detta persona assimilata ai presenti fino alla dichiarazione di morte, nominerebbe un curatore, il quale accetterebbe la parte di eredità paterna ad essa spettante comprendendovi gl'immobili esistenti in Italia, e amministrerebbe i beni in nome e nell'interesse dell'assente. Quando poi fosse pronunciata la dichiarazione di morte a norma degli articoli 277, 278 del Codice civile austriaco, siccome questa produrrebbe i suoi effetti dal giorno in cui fosse passata in giudicato, così quella parte acquistata dal figlio nell'eredità paterna non dovrebbe essere attribuita a coloro, coi quali esso avea diritto di concorrere nel giorno in cui si aprì la successione paterna, cioè ai suoi fratelli a norma di quanto dispone l'articolo 43 del nostro Codice civile (1), ma dovrebbe invece spettare agli eredi della persona di cui fu dichiarata la morte.

---

(1) A norma dell'art. 42 del Codice civile italiano niuno può essere ammesso a reclamare un diritto in nome di persona di cui s'ignori l'esistenza, quando quel diritto è nato, e perciò che qualora fosse aperta una successione, alla quale sia chiamata una persona dichiarata assente, la successione è devoluta a coloro, coi quali tale persona assente avrebbe avuto diritto di concorrere, a menochè gli eredi di questa persona assente non potessero provare che essa esisteva quando quella successione fu aperta.

437. Senza entrare in altri particolari noi reputiamo quello che abbiamo finora detto sufficiente a risolvere tutte le questioni, che possono nascere dall'assenza e a riguardo dei diritti sui beni dell'assente spettanti agli eredi ed agli interessati, e a riguardo di quelli spettante all'assente medesimo, se egli ritorni o se venga provata la sua esistenza, ritenendo che tutto debba dipendere dalla legge personale. Ammettiamo l'applicazione della legge territoriale solo per quei rapporti che possono interessare il diritto sociale. Così ad esempio può dirsi delle disposizioni che concernono i diritti acquistati dai terzi, possessori dei beni dell'assente ad essi trasferiti dagl'immessi nel possesso definitivo; degli effetti della buona fede dei terzi riguardo ai frutti percepiti; dei diritti acquistati colla prescrizione e via dicendo, ai quali rapporti tutti ammettiamo che debba essere applicato la *lex rei sitæ* a cagione del dovere essi essere considerati come fatti giuridici compiuti sotto l'impero dalla medesima, ed indipendenti dalla legge personale.

438. Un'ultima cosa vogliamo notare e questa è, che nel sistema da noi propugnato, potendo essere giustificata in materia di assenza la competenza del tribunale del luogo dell'ultimo domicilio, e quella dei tribunali della patria, e dovendo tale sentenza essere efficace a riguardo dei beni di qualunque natura essi siano ed in qualunque parte essi si trovino, può bene accadere, che gl'interessati facciano istanza di esercitare e godere tutti i diritti derivanti dalla sentenza di assenza a riguardo degl'immobili esistenti in un terzo Stato. Sarà necessario in tale ipotesi che la sentenza del tribunale straniero, con la quale sia stata pronunciata l'assenza, sia prima dichiarata eseguibile dal tribunale competente dello Stato, ove si trovino gl'immobili dell'assente. In tale evenienza occorrerà riferirsi ai principii generali, che devono regolare l'esecuzione delle sentenze straniere, onde decidere a norma di essi quando sia il caso di concedere o di negare l'esecuzione alla sentenza suddetta.

439. I principii da noi esposti possono valere a risolvere ogni controversia secondo il diritto internazionale, ma tutto quello che abbiamo detto e dimostrato non esclude poi, che, qualora in un paese prevalesse la teoria tradizionale insegnata dagli scrittori, e consacrata nel Codice Napoleone, che cioè per tutti i rapporti, che concernono

gl'immobili deve applicarsi a preferenza la *lex rei sitæ*, non potessero ivi prevalere regole del tutto diverse a quelle da noi proposte. In Francia ad esempio potrebbe pure sostenersi che, dovendo a norma dell'art. 3 del Codice Napoleone essere retti dalla legge francese gli immobili, anche quando essi appartenessero ad uno straniero, questa legge dovesse essere applicata anche per determinare i diritti sui beni immobili esistenti in Francia di uno straniero assente, onde regolare a norma della medesima la conservazione e l'amministrazione di essi. Si potrebbe pure sostenere, che, per restare fedeli alla tradizione, i beni mobili dell'assente dovessero essere retti dalla sua legge personale, e così si potrebbero pure ammettere altre anomalie, che derivano dalla teoria tradizionale degli statuti e che sono in opposizione con la logica del diritto. A noi però non incombe di esaminare in qual modo secondo la legge interna di ciascuno Stato e secondo i principii di diritto internazionale in esso prevalenti, la questione possa essere risoluta, ma di esporre invece come secondo i giusti principii dovrebbe essere risoluta. Arriverà forse il tempo in cui i giusti principii del diritto internazionale saranno consacrati e sanciti dalla legge interna di ciascuno Stato, allora sarà attuata tra gli Stati civili quella comunione di diritto vagheggiata da Savigny, la quale non potrà certo essere formata, se gli scrittori continueranno a discutere intorno agli statuti reali e personali secondo la dottrina tradizionale, e a voler dare un peso a questa, come alcuni scrittori hanno stimato di fare in questa materia.

CAPITOLO VII.

Delle persone incapaci e delle misure di protezione stabilite dalle leggi nell'interesse delle medesime.

440. Considerazioni generali sulle incapacità giuridiche.
441. Ordine della trattazione.

440. La legge, alla quale ciascuna persona è di per sè stessa soggetta, è quella a cui appartiene di determinare se uno possa avere la piena facoltà e libertà di obbligarsi e di disporre delle cose sue, o se invece debba essere soggetto al potere ed all'autorità di altre persone con maggiori o minori limitazioni. Nel sistema da noi seguito tale autorità dev'essere attribuita alla legge dello Stato, di cui ciascuno è cittadino, e bisognerà applicare questa onde decidere chi abbia e chi non abbia la personalità giuridica completa, e quali sieno le condizioni costitutive di essa. Queste talvolta possono consistere nella realizzazione di un fatto puro e semplice, come è ad esempio il compimento del termine fissato per la maggiore età; altra volta possono consistere in un fatto giuridico contemplato dalla legge e compiuto colle forme da essa richieste, come sono ad esempio l'emancipazione, la concessione sovrana, la celebrazione del matrimonio e via dicendo.

Spetta inoltre alla legge medesima di determinare, quale influenza il sesso, e le infermità fisiche o morali possano esercitare sulla capacità giuridica delle persone. Cosi ad esempio a riguardo del sesso si dovrà decidere a norma della legge personale, se la donna possa o no partecipare al godimento di tutti i diritti civili, o se debba essere esclusa dall'esercitare certe funzioni, come potrebbero essere quelle di tutore, di curatore, di consulente giudiziario, di arbitro e via dicendo.

Le infermità fisiche non hanno in generale alcuna influenza sulla capacità giuridica delle persone. Siccome però esse possono mettere gl'individui, che ne siano affetti, nell'impossibilità di adempiere le condizioni indispensabili alla validità di certi atti, cosi bisognerà riferirsi alla legge personale dei medesimi onde decidere se la loro

capacità debba ritenersi indirettamente ristretta, e quali sieno i limiti della restrizione. Questo può verificarsi a riguardo dei ciechi, dei sordomuti e degli infermi di certe malattie contagiose.

Le infermità morali possono invece influire a mettere le persone, che ne sono affette, o nell'impossibilità di amministrare il loro patrimonio e di provvedere al governo della loro persona, come accade per gli alienati di mente: o di far nascere un ostacolo a che esse provvedano a ciò convenientemente e senza pregiudicare i loro propri interessi, come accade per coloro, che senza essere mentecatti, sono in certo modo infermi di mente, e per i prodighi.

441. Noi discorreremo prima di coloro che sono dalla legge qualificati giuridicamente incapaci, e determineremo la legge dalla quale devonó dipendere le incapacità giuridiche, e che deve regolare la nullità o l'annullabilità degli atti fatti dagl'incapaci, discorreremo poi delle misure legali di protezione stabilite nell'interesse dei medesimi, e tratteremo in particolar modo della tutela, della curatela e di simili istituzioni, e da ultimo ci occuperemo dell'interdizione.

§ 1°.

Delle incapacità giuridiche e della legge che deve regolare gli atti degl' incapaci.

442. Le incapacità giuridiche devono dipendere dalla legge dello Stato di cui ciascuno è cittadino, e non da quella del domicilio. — 443. Dalla medesima deve dipendere la validità degli atti di un incapace. — 444. Non sussiste la teoria contraria di De Chassat. — 445. Opinione di Pardessus. — 446. Si conferma la nostra teoria anche col sostegno della giurisprudenza. — 447. Giusta eccezione ai principii stabiliti. — 448. Osservazioni sulla legge inglese del 1874. — 449. Del minore che abbia occultato con mezzi subdoli la sua condizione. — 450. Quando possa essere esclusa l'azione di nullità da parte del medesimo. — 451. Dev'essere lasciato al giudice una certa latitudine di apprezzamento a riguardo della malafede. — 452. Si determina la teoria circa le azioni in rescissione ed in restituzione. — 453. Della legge che deve regolare la prescrizione dell'azione in nullità spettante all'incapace. — 454. Dell'emancipazione. — 455. Conflitto di leggi circa il diritto di effettuarla.

442. Tutte le ragioni addotte innanzi per dimostrare come lo stato delle persone debba dipendere in massima dalla legge dello Stato di

cui esse sono cittadini valgono per concludere che le influenze, che il sesso, l'età, e le infermità fisiche e morali possono esercitare sulla capacità giuridica di ciascuno, debbano dipendere parimente in massima dalla medesima legge. La questione quindi se uno debba essere reputato maggiore o minore, pubere o impubere, emancipato, o sottoposto ad un consulente giudiziario, interdetto o inabilitato e via dicendo, e la condizione giuridica di ciascuna persona così qualificata dovrà essere decisa applicando in principio la legge personale di ciascuno, qualunque possa essere il paese ove codesta questione sia stata sollevata e ove dall'incapace siano stati fatti gli atti, a riguardo dei quali occorra di decidere.

Il domicilio della persona non può esercitare una influenza decisiva nel sistema, che dà la preferenza alla legge dello Stato di cui ciascuno è cittadino, in tutte le questioni che concernono lo stato e la capacità giuridica, così bisognerà tener conto di quanto fu detto innanzi per determinare i casi nei quali il domicilio possa esercitare influenza (1).

È inutile addurre a sostegno della nostra opinione argomenti già svolti nei precedenti capitoli (2). Vogliamo solo notare, che la nostra teoria non è assolutamente nuova, anzi la troviamo sanzionata in una sentenza della Suprema Corte della Luigiana nella specie seguente. Un tale nato nella Luigiana il 1802 si domiciliò in Spagna. Nel 1827 intentò un' azione per ricuperare una parte della successione dell'ava materna, e sorse la questione se dovea riputarsi minore secondo la legge spagnuola, perchè non avea 25 anni compiti. La Corte decise che lo stato e la condizione giuridica dipendendo sempre dalla legge del domicilio di origine, in qualunque luogo la persona andasse a dimorare, e lo ritenne quindi maggiore a 21 anni secondo la legge della Luigiana, e ammise l'azione (3).

---

(1) Vedi innanzi § 58 e seguenti.

(2) Vedi innanzi Cap. V.

(3) STORY, *Conflict of Laws*, § 77.

La teoria contraria è sostenuta da coloro che danno la preferenza alla legge del domicilio tra i quali rammentiamo Burgundio, Voet, e Erzio il

443. Neanche si può sostenere in principio, che per decidere della validità degli atti di un incapace bisogni riferirsi alla legge vigente nel luogo, in cui l'atto sia stato da esso fatto. Alcuni scrittori hanno sostenuto, che la legge personale debba essere applicata per decidere la pura questione di stato, ma che per la validità giuridica degli atti fatti da un incapace tutto dovrebbe dipendere dalla legge del luogo in cui l'atto fosse stato fatto. Così la pensa De Chassat, il quale dice, che la legge della patria di ciascuno non può regolare la validità degli atti da lui fatti in paese straniero, perchè l'uomo, che opera ed agisce in un paese è sotto l'impero delle leggi che comandano in quel luogo. « Il russo, l'inglese, il prussiano, ammesso ad esercitare i suoi diritti civili nel territorio francese, dev'essere capace secondo la legge francese. Se egli fosse maggiore a 20 anni secondo la sua legge, sarebbe reputato minore in Francia in forza dell'art. 388; e se fosse minore nella sua patria, ove la maggiore età cominciasse dopo i 25 anni, sarebbe maggiore in Francia a 21 anni, nè potrebbe fare annullare le sue obbligazioni per difetto di età. Vivere in un paese è lo stesso che sottomettersi in tutti i sensi alla sovranità, che quivi impera. Lo straniero non può far violenza al regnicolo ed obbligarlo ad accettare le leggi ordinariamente ignote della sua patria sovente lontana ». Il citato scrittore ammette soltanto che gli atti fatti dal minore nella sua patria, coi quali avesse disposto, acquistato, venduto validamente i suoi beni esistenti in Francia, dovrebbero essere efficaci di fronte al diritto francese, nonostantechè potessero essere invalidati se fossero stati compiti nel territorio francese (1).

444. Dal ragionamento del De Chassat si conclude, che lo straniero a riguardo della sua capacità deve reputarsi sottoposto alla

---

quale dice: *status et qualitas personæ regitur a legibus loci, cui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit, ut qui major hic, alibi, mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor;* BURGUNDIUS, *Tract.*, II, ni 5, 6, 7; RODENBURG, *De diversit. stat.*, tit. II, parte 2a, c. 1, ni 3, 9; VOET, loc. cit.; HERTIUS, *Opera* (ediz. 1716), t. II, n° 5, pag. 122; id., pagine 173, 175.

(1) DE CHASSAT, *Traité des statuts*, n° 237.

legge della sua patria, purchè però l'applicazione della stessa non comprometta l'interesse privato di un francese. Questa teoria tenderebbe ad elevare a sistema la disposizione contenuta nell'articolo 37 dell'Ordinanza del 26 settembre 1837, sull'organamento della giustizia in Algeri, che è così concepito: « La legge francese regge le convenzioni e contestazioni tra francesi e stranieri ». Essa però non è conciliabile coi principii razionali, su cui riposa il sistema da noi propugnato, nè colla disposizione contenuta nello stesso Codice Napoleone, secondo il quale il francese in paese straniero è sempre sottoposto alla legge francese. La conseguenza logica di codesta disposizione è, che lo straniero in Francia debba essere reputato a riguardo della capacità soggetto alla legge della sua patria, la quale massima deve ammettersi non solo per un principio di equa reciprocità, e per non provocare misure di ritorsione a danno dei Francesi in paese straniero, ma principalmente, perchè è la più conforme ai generali principii del diritto, come dagli stessi giureconsulti francesi è stato riconosciuto.

445. E qui cade in acconcio di riassumere l'opinione del Pardessus, che saggiamente si esprime così: « Un individuo dichiarato incapace dalla legge del suo paese non può essere liberato da tale incapacità coll'applicazione della legge francese. Egli non è capace, che nei limiti della sua legge nazionale (Cassazione, 1 febbraio 1813) per gli atti che questa gli permette, e quando abbia adempite le condizioni da essa prescritte. L'interesse di un governo è di far rispettare in favore dei sudditi di un altro governo, che sono tradotti innanzi ai suoi tribunali, le leggi che regolano la loro capacità, e non permettere che mutando giurisdizione essi possano sottrarvisi. La legge che regola la capacità dello straniero lo segue da per tutto: sarebbe contrario alla giustizia applicargli una legislazione cui egli non è sottomesso. Chiunque dunque tratta con un individuo può domandargli la prova che è maggiore, e se è minore, informarsi se può obbligarsi. In ogni modo per prevenire qualunque danno può domandargli un garante (1).

---

(1) Pardessus, *Droit comm.*, n[i] 1842, 1482[2], 1483.

Questa è pure l'opinione di Duranton, di Zaccaria, di Nouguier, di Aubry e Rau, di Fœlix e di altri (1).

446. La ragione che adduce De Chassat, che è conforme a quella del Grozio, del Burge, di Vallette e di altri (2), che cioè la legge straniera non è obbligatoria pei Francesi, i quali non la conoscono, nè devono conoscerla, è poco fondata. Non intendiamo sostenere, che un individuo, il quale faccia una convenzione con uno straniero, sia obbligato a conoscere le leggi del paese straniero, nè che queste leggi lo obblighino, ma solo che la capacità del minore ad obbligarsi debba essere regolata dalla legge della sua patria. Nè vale il dire, che i cittadini di uno Stato possono essere pregiudicati nei loro rapporti cogli stranieri, perchè se pure ciò si avverasse, sarebbe imputabile a loro negligenza, mentre avrebbero dovuto prendere informazioni esatte ed assicurarsi della capacità di quello, col quale avessero trattato. È molto nota la massima *qui cum alio contrahit vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus* (3): e quindi se un francese maggiore abbia voluto contrattare con uno spagnuolo minore senza le debite precauzioni, tale negligenza non dev'essere un titolo a suo favore.

La giurisprudenza più recente suffraga la teoria da noi sostenuta. Il Senato di Varsavia decise che la capacità di un minore straniero dev'essere retta dallo statuto personale, anche relativamente agli atti da esso fatti a riguardo degli immobili esistenti in paese straniero. Conseguentemente statuì, che un austriaco di anni 23, proprietario di terre in Polonia, che aveva contratto obbligazioni a riguardo di tali immobili senza autorizzazione del Consiglio di tutela,

---

(1) Duranton, t. I, p. 57; Richelot, t. I, p. 58; Zaccaria, *Diritto civile*, § 31; Nouguier, *Lettre de change*, t. I, p. 475; Aubry, nota al § 31 di Zaccaria; Fœlix, n° 88; R. C. de Paris, 23 juin 1836 et 25 nov. 1859; R. C. de Bordeaux, 15 juillet 1841; Tribunal de Paris, 22 fév. 1842; R. C. de Rennes, 16 mars 1842.

(2) Grotius, *De jure belli et pacis*, l. II, c. II, § 5, n° 2; Burge, *Commentaries on colonial and foreign Law*, parte 1ª, cap. IV, p. 132; Vedi Story, n° 102ª; Vallette, Note a Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 85 e 98; R. C. di Parigi, 15 maggio 1851.

(3) L. 19, Dig. *De regulis juris.*

non poteva essere reputato capace, quantunque a norma della *lex rei sitæ* qualunque persona, che avesse compiuto gli anni ventuno, avesse potuto obbligarsi validamente senza limitazioni. Il Tribunale e la Corte d'appello di Varsavia avevano ritenuto il principio contrario, ma il Senato cassò la sentenza, perchè ritenne, che la capacità di obbligarsi dovendo essere retta dalla legge del paese di cui il contraente è cittadino, l'obbligazione di un austriaco di anni 23 dovea reputarsi nulla a cagione della di lui minorennità (1).

La Corte di Parigi ammise la stessa massima a riguardo di uno spagnuolo domiciliato in Francia, il quale avea compiuto gli anni ventuno, ma che era tuttora minore secondo la legge spagnuola, che fissa la maggiorità a 25 anni.

447. Alla regola da noi data bisogna però fare la solita eccezione che cioè la legge straniera, in quello che neghi la capacità o che regoli le conseguenze giuridiche dell'incapacità a riguardo della nullità o annullabilità degli atti, non dev'essere applicata, se quello che essa dispone sia in opposizione coi principii generali del diritto, o con quelli di ordine pubblico vigenti nel paese straniero. Così ad esempio, dovrebbe dirsi di una legge, la quale dichiarasse la donna assolutamente incapace di obbligarsi negando ad essa la personalità giuridica a ragione del sesso, e si dovrebbe dire lo stesso di certe leggi eccezionali relative ai minori.

448. Secondo la legge inglese del 1874, che concerne i contratti fatti dai minori, fu disposto, che debba reputarsi nullo di diritto qualunque contratto, scritto o no, che fosse fatto da un minore per prestito di denaro, apertura di credito, fornimento di mercanzie, o di oggetti mobili, quelli soltanto eccettuati, che potessero al medesimo

---

(1) Senato di Varsavia, 1873, *Journ. intern. privé*, 1874, p. 48. — Vedi pure Corte di Parigi, 20 fév. 1858, De Lizzardi, in nota a Cassaz. fr., 16 gennaio 1861, *Journ. du Palais*, 1862, pag. 127, e la sentenza della Corte di Liegi del 31 dicembre 1879 a proposito della vendita d'immobili fatta nel Belgio da un neerlandese che avea più di 21 anni e che era maggiore secondo la legge belga, ma che era tuttora minore secondo la legge neerlandese che fissa la maggior età a 23 anni compiti. — *Pasicrisie belge*, 1880, II, 122.

essere necessari per i bisogni della vita. Lo stesso fu disposto a riguardo di un regolamento di conto consentito da un minore, furono eccettuati soltanto i contratti fatti da un minore, i quali fossero dichiarati validi a norma delle leggi in vigore e di quelle future, e dei principii del diritto comune e dell'equità. Cotesta legge, avendo dichiarato nullo di diritto il contratto fatto dal minore, dispose, che questi divenuto maggiore non potesse validamente ratificare l'obbligazione assunta durante la sua minorennità, e che dovesse reputarsi nulla la ratifica di tale obbligazione, anche quando fosse fondata su di un fatto nuovo sopravvenuto dopo la maggiorità. Tale sistema veramente ingiustificabile fu motivato dall'intendimento di proteggere i figli minori delle famiglie nobili, e mirò a rendere impossibile ad essi qualunque specie di convenzione durante la minorennità e a togliere agli altri ogni speranza, che la promessa di ratificare tali convenzioni alla maggiore età fatta dal minore potesse essere valida. Dobbiamo per altro riconoscere in tale legge, che sancisce un sistema di protezione ad oltranza, il carattere di legge di polizia. Non ci sembra conseguentemente di dovere ammettere che un minore inglese, il quale si fosse obbligato in Italia, e che potrebbe al certo domandare l'annullamento dell'obbligazione da esso assunta in considerazione della sua incapacità, potesse parimente far dichiarare nullo il contratto da esso fatto durante la sua minorennità, ma da lui, divenuto poi maggiore, debitamente ratificato in Italia a norma di quanto dispone l'art. 1309 del Codice civile. Bisogna infatti considerare innanzi tutto che alla ratifica dev'essere applicata la regola da noi già data al § 132, e notare inoltre che la regola eccezionale sancita dalla legge inglese si deve riguardare come un provvedimento di polizia, al quale deve essere attribuito come tale il carattere di legge territoriale.

449. Si deve considerare altresì come una disposizione di ordine pubblico quella, che esclude l'azione di nullità a riguardo dell'obbligazione assunta da un minore, il quale con raggiri o mezzi subdoli abbia occultato la sua condizione, e che dolosamente abbia fatto credere di essere maggiore (1).

---

(1) Confr. Corte di Parigi, 10 juin 1879 nella causa Santo Venia (di

La Corte inglese dei fallimenti decise, che un minore, il quale si sia fatto passare per maggiore, e che come tale abbia fatto atti di commercio può essere dichiarato in istato di fallimento a causa dei debiti da lui contratti nell'esercizio del suo commercio (1).

Notiamo però, che, onde escludere l'azione di nullità fondata sull'incapacità a norma della legge personale di uno straniero, deve ognora reputarsi necessario, che questi abbia adoperato raggiri o mezzi dolosi per farsi credere capace. Conseguentemente non dovrebbe bastare che uno straniero avesse fatto la dichiarazione di essere capace, o che l'altro avesse così creduto in buona fede.

450. La Corte di cassazione francese nella sua sentenza del 16 febbraio 1861 dette tutta l'importanza alla buona fede di un francese, che aveva contrattato con un messicano, e alla circostanza dell'avere egli ignorato che l'altro contraente era uno straniero (2), e ritenne, che, quando un cittadino abbia contrattato senza leggerezza, senza imprudenza e con buona fede con uno di cui ignorava la condizione di straniero, e quando questi sia maggiore secondo la legge del paese, può con ragione essere respinta l'azione da parte di tale straniero, il quale adduca, che a cagione dell'essere incapace debba essere pronunciato l'annullamento del contratto da lui fatto.

A noi sembra, che si debba ritenere come regola certa questa, che cioè, la facoltà spettante ad uno straniero di domandare l'applicazione della legge personale in un paese straniero onde fare annullare in virtù di essa un'obbligazione da esso contratta, non debba essere accordata mai a colui, che con raggiri avesse sorpresa la buona fede dell'altro contraente o occultando ad arte la sua condizione di straniero o traendolo in errore a riguardo della sua condizione giuridica e della sua incapacità. La protezione dovuta agl'incapaci deve

---

Cuba) che aveva contratto obbligazioni cambiarie in Francia (*Journ. du Droit intern. privé*, 1879, p. 488).

(1) *Cour des faillites*, 17 janvier 1876, Lynch-Week (*Rép.*, vol. XXIV, pag. 375).

(2) Cass. 16 janvier 1861, De Lizzardi (cittadino messicano) contro Chaize ed altri (*Journal du Palais*, 1862, p. 427).

sempre cessare là, dove cominciano la mala fede, il raggiro e le arti subdole da parte di essi. Conseguentemente, quando sia data la prova del raggiro e delle arti subdole contro l'incapace, che domandi l'annullamento dell'obbligazione da esso contratta, tale prova dev'essere reputata decisiva ad escludere l'ammissibilità dell'azione. Ma non possiamo parimente ammettere quello, che fu ritenuto dalla Corte di cassazione francese, che la prova data da parte di colui, che abbia contrattato con l'incapace, di non avere agito con leggerezza ed in buona fede debba essere reputata decisiva ad escludere l'azione per l'annullamento, perchè questo condurrebbe a distruggere tutto il sistema, il quale stabilisce, che le leggi relative alla capacità debbano regolare gli atti dei cittadini all'estero. Non deve al certo bastare il credere capace uno, che sia legalmente incapace, per dedurre che il contratto da questi fatto debba essere reputato valido, perchè *qui cum alio contrahit vel est, vel debet est esse non ignarus conditionis ejus*.

451. Reputiamo opportuno notare, che dev'essere lasciata al giudice una certa latitudine di apprezzamento a riguardo della mala fede e delle arti di uno straniero incapace, e che esso debba tener conto sopratutto della natura del contratto e della entità dell'obbligazione, onde decidere, valutate tali cose, quali sieno i procedimenti da parte dello straniero incapace, che possono equivalere a raggiri ad arti subdole rispetto ad un cittadino. Non dovrà in ogni caso reputarsi necessario il dolo e la frode; vi possono essere casi e circostanze, nelle quali le arti semplici possono assumere l'aspetto di un vero raggiro per sorprendere la buona fede di un commerciante, e devono reputarsi sufficienti ad escludere l'azione di annullamento.

Uno, a modo di esempio, che avesse fatto contratti relativi agl' immobili di un minore straniero, o che avesse prestato al medesimo somme considerevoli sotto forma di cambiali o altrimenti, non potrebbe in altro modo respingere l'azione di nullità del contratto da parte dell'incapace, che provando la frode di lui, o il raggiro doloso, mentre invece colui, il quale avesse fornito al minore straniero l'occorrente pei bisogni della vita in rapporto alla posizione di esso, potrebbe con ragione respingere l'azione dimostrando la mala fede

del minore, che con semplici artifizii avesse sorpreso la sua buona fede e lo avesse tratto in inganno.

452. Conchiudiamo quindi che deve applicarsi la legge dello stato di cui ciascuno è cittadino per decidere quando l'individuo sia maggiore o minore, capace o incapace a fare certi atti della vita civile, e che a norma della medesima legge devono essere valutate le azioni in rescissione, in restituzione, in nullità per difetto di capacità, imperocchè come disse Cujacio, *restitutio in integrum est in personam: personale enim beneficium est. Cur enim restituitur? ob infirmitatem ætatis* (1).

453. Notiamo inoltre che a norma della stessa legge personale si dovrà decidere quando l'azione in nullità spettante all'incapace sia soggetta alla prescrizione. Intorno a ciò può sorgere il dubbio, se trattandosi di azione in nullità a riguardo di contratti relativi agl'immobili, la prescrizione dell'azione debba essere governata dalla legge territoriale. La Corte di Liegi lo ammise a proposito della vendita di un immobile fatta nel Belgio da due neerlandesi, i quali aveano più di ventun anno, ma che erano minori secondo il Codice civile dei Paesi Bassi, di cui l'art. 385 fissa la maggiorità a ventitrè anni (2). Essa ritenne, che dovea applicarsi la legge belga e non la neerlandese onde determinare la durata dell'azione in nullità della convenzione, e siccome a norma dell'art. 1304 del Codice civile belga la durata dell'azione è fissata a dieci anni, essa ammise l'azione, non ostante che fossero passati sei anni dal momento in cui gli alienanti aveano raggiunto l'età maggiore, e che l'art. 1490 del Codice neerlandese assoggetti l'azione in nullità spettante ai minori alla prescrizione quinquennale. La Corte considerò che la legge, la quale fissa la durata dell'azione in nullità o in rescissione delle convenzioni, è sancita per un interesse pubblico, onde impedire cioè che le proprietà non restino incerte: che essa costituisce quindi una legge reale, alla quale gli stranieri devono essere soggetti, e per tali ragioni decise, che dovea essere

(1) L. 13, Dig., *De minoribus*.

(2) Cour de Liège, 31 décembre 1879 (Erambert c. Clerdent et wan Wesseur), *Pasicrisie belge*, 1880, II, 122.

applicata la legge del Belgio, ove si trovava l'immobile, che avea formato oggetto del contratto, e non già la legge personale dei minori stranieri, che aveano fatto il contratto.

Noi osserviamo non pertanto, che siccome la *restitutio in integrum* è una misura di protezione legale stabilita dalla legge, a cui la persona dev' essere soggetta, a fine di proteggere gl'interessi della medesima, così dev'essere retta dalla legge personale dell'incapace, e che da questa medesima legge dev'essere retta l'azione in nullità e la prescrizione a cui essa è subordinata.

Basti infatti considerare, che tanto vale il diritto spettante a ciascuno, quanto vale l'azione giudiziaria stabilita a tutela di esso, e che tanto vale poi l'azione, quanto il termine stabilito dalla legge per poterla utilmente esercitare. Ora ci sembra chiaro, che il diritto spettante all'incapace di domandare la *restitutio in integrum:* l'azione giudiziaria: e il termine per poter agire utilmente, tutto riposa sul medesimo concetto giuridico, su quello cioè della protezione legale dell'incapace, e siccome codesta protezione legale deve spettare alla legge personale di ciascuno, così da questa deve tutto dipendere e il diritto, e l'azione e la prescrizione di questa, e che non si debba fare alcuna differenza, se la causa, che dia luogo all'azione, sia un contratto relativo ad una cosa mobile o ad una cosa immobile.

454. Il minore può essere liberato dalla patria podestà o dall'autorità del tutore, in tutto rispetto all'esercizio di certi diritti, od in parte rispetto a quello di altri diritti, mediante l'emancipazione, la quale può essere o espressa o tacita. La prima si effettua mediante dichiarazione fatta dalle persone, alle quali la legge accorda il potere di emancipare il minore osservando le norme e le formalità da essa stabilite. La seconda è quella, che consegue da un fatto giuridico, a cui la legge annette tale effetto, come ad esempio può essere il matrimonio, da cui risulta di diritto l'emancipazione del minore.

È chiaro, che l'emancipazione espressa non potrà essere effettuata, che a seconda della legge personale del minore. Tale istituto per la sua natura deve considerarsi destinato a provvedere meglio agl' interessi del minore, ed è perciò che deve essere retto dalla legge personale del medesimo, e per quello che concerne le condizioni richieste

per poterla effettuare, e per quello che concerne le persone alle quali dev'essere attribuito questo potere, e per le formalità che sono richieste, e per gli effetti che da essa derivano a riguardo della capacità del minore emancipato, e dei diritti che devono ritenersi a questi conferiti.

455. Qualora si verificasse il caso, che la legge personale di colui a cui il minore fosse soggetto, fosse diversa da quella del minore medesimo (lo che può avvenire quando l'uno e l'altro siano cittadini di Stati diversi), bisognerà riferirsi alla legge personale del minore, e non già a quella di colui, cui spetta la patria podestà o la podestà tutoria, onde decidere se, e come l'emancipazione potrà essere effettuata. Questo noi diciamo, perchè consideriamo l'emancipazione non già come un diritto della persona, a cui il minore sia sottoposto, ma bensì come un provvedimento eccezionale sancito dal legislatore nell'interesse del minore medesimo, al quale egli attribuisce il diritto ad una capacità eccezionale, che sta tra quella della minorennità e della maggior età, in considerazione dello sviluppo delle facoltà intellettuali e morali più precoci, che può mettere la persona nella condizione di provvedere meglio all'amministrazione dei proprii beni godendo di una certa indipendenza personale. Trattandosi quindi di un provvedimento ordinato a difendere gl'interessi di uno, che non è nè del tutto capace, nè assolutamente incapace a fare da sè medesimo, ci pare chiaro, che tutto debba dipendere dalla legge personale del minore, che è quella, la quale deve difenderlo, proteggerlo e provvedere agl' interessi di lui.

Conseguentemente bisognerà riferirsi alla legge personale del minore, onde decidere se esso debba o no ritenersi di diritto emancipato col matrimonio: laonde il minore della Luigiana, ad esempio, che si unisse in matrimonio in Italia, non sarebbe di diritto emancipato col matrimonio a norma di quanto dispone l'art. 310 del Codice civile italiano: e ciò perchè tale effetto non segue punto a norma della legge della Luigiana (1) e perchè bisognerebbe riferirsi ad essa onde decidere se un minore di quel paese, il quale si fosse unito in matrimonio in Italia, debba reputarsi di diritto emancipato.

(1) Conf. *Revue de la Jurisprudence de la Louisiane* (*Journ. du Droit intern. privé*, 1876, p. 127).

§ 2°.

Delle misure di protezione stabilite dalla legge nell'interesse degli incapaci (Tutela, curatela, ecc., ecc.).

456. Concetto generale delle misure di protezione stabilite nell'interesse degl' incapaci sotto il rispetto della legge che deve regolarle. — 457. Attribuzione dei Consoli. — 458. Distinzione fatta fra le misure stabilite nell'interesse delle persone, e quelle per l'amministrazione dei beni. — 459. Osservazioni su cotesta teoria e opinione nostra. — 460. Applicazione dei principii all'assistenza del prodigo. — 461. Organamento della tutela. — 462. Conflitti circa il diritto alla tutela. — 463. Osservazioni critiche sulla teoria della Cassazione francese circa la tutela legale della vedova. — 464. Conflitti a riguardo dell'organamento della tutela derivanti dalla duplicità di cittadinanza del minore. 465. Della tutela deferita dal magistrato. — 466. Dell'efficacia dei provvedimenti giudiziarii a tale riguardo. — 467. Principii circa la persona che può essere investita della qualità di tutore. — 468. Principii circa la persona che deve regolare le attribuzioni del tutore o del curatore. — 469. Dei poteri del tutore a riguardo della sua gestione. — 470. Opinione nostra. — 471. Si determina quando debba applicarsi la legge del paese in cui ha luogo la gestione della tutela e quando la legge personale. — 472. Si applicano i principii agli atti richiesti per la conservazione di un immobile. — 473. Si riassume la teoria.

456. Passiamo ora a discorrere delle misure di protezione stabilite nell'interesse delle persone incapaci o per difetto di età o per infermità fisiche o morali a regolare la loro persona o ad amministrare i loro beni. Esse sono diverse secondo le legislazioni dei varii paesi, e i casi da ciascheduna di esse contemplati. Oltre la patria podestà e l'amministrazione legale vi può essere la tutela, la curatela, l'amministrazione provvisoria, il consulente giudiziario e via dicendo. Bisognerà anche per quanto concerne tali misure riferirsi alla legge dello Stato di cui l'incapace è cittadino, onde determinare a norma di essa in quale maniera debba essere provveduto, secondo la diversità dei casi, al governo della persona e all'amministrazione dei beni di essa. Noi non possiamo dividere l'opinione di coloro, che vorrebbero dare la preferenza alla legge del luogo, in cui l'incapace trovasi domiciliato, perchè riteniamo che, essendo coteste misure ordinate a difendere gli

interessi degl'incapaci, la competenza legislativa speciale a riguardo di ciò debba essere attribuita allo Stato di cui l'incapace è cittadino. Ammettiamo soltanto come eccezione, che la legge del domicilio o della residenza possa essere applicata, quando la legge della patria non provveda alla protezione, e che a norma di essa possano essere decretati in ogni caso quei provvedimenti urgenti, sopratutto poi quando per la lontananza sia difficile un provvedimento pronto a norma della legge della patria.

Ammettiamo inoltre, che nell'ipotesi di un minore straniero abbandonato dai suoi genitori, e del quale non si possa conoscere sicuramente la patria, e che non abbia parenti, dai quali possa essere protetto, si potrà istituire la tutela o qualsivoglia altra protezione legale a norma della legge del paese in cui egli si trova, applicando al medesimo le stesse norme sancite dalla legge territoriale a riguardo dei minori di genitori ignoti. In Italia, ad esempio, si dovrebbe in questo caso istituire un consiglio di tutela a norma dell'art. 261 del Codice civile (1).

457. A tutelare gl'interessi degli stranieri incapaci sono ordinariamente chiamati i Consoli, e le funzioni spettanti ad essi a tale riguardo sono regolate dalle convenzioni consolari e dai trattati.

In massima incombe alle auorità locali di avvertire immediatamente il console o l'agente consolare dello Stato straniero, allorchè si tratti di provvedere alla protezione degli interessi di un minore, o di un incapace cittadino dello Stato dal Console rappresentato. Al Console incombe poi di riferirsi alla legge del suo paese e alle convenzioni esistenti per quello che concerne la sostanza delle misure, che deve provocare, e le funzioni che deve esercitare, quando sia il caso di procedere di ufficio a certe operazioni, e di riferirsi alla legge territoriale per quello che concerne le forme estrinseche per l'attuazione delle medesime.

---

(1) La Corte di Rouen ammise la stessa regola a riguardo del consulente giudiziario, e decise che questi potesse essere dato ad uno straniero residente in Francia che non avesse alcun parente conosciuto, 3 dicembre 1853, (Dalloz, 54, 2, 125).

Così ad esempio si dovrà a norma della legge della patria del minore o dell'incapace decidere se il Console debba fare l'inventario; se debba procedere alla vendita di effetti; se possa fare gli atti di amministrazione, finchè non sia organizzata la tutela o la curatela (se occorra provvedere senza dilazione) e via dicendo, ma per i procedimenti richiesti per fare l'inventario, per procedere alla vendita e simili, bisognerà riferirsi alla legge territoriale (1).

458. Alcuni scrittori, tra i quali notiamo il Massé (2) e il Rocco (3), hanno stimato di fare una distinzione tra le misure di protezione stabilite nell'interesse delle persone, e quelle che direttamente hanno per oggetto la conservazione e l'amministrazione dei beni. Così essi dicono, che il tutore del minore, o dell'interdetto, il consulente giudiziario o il curatore dato ai prodighi, il curatore dato all'emancipato e simili sono dati direttamente alla persona, di cui presuppongono una mancanza di capacità, ed ammettono che essi debbano essere regolati dalla legge personale, non ostante che estendano indirettamente i loro effetti sui beni, ma che invece vi sono altre istituzioni ordinate direttamente a provvedere alla conservazione dei beni, e non tanto a riguardo della persona cui essi appartengono, quanto per non lasciare i beni stessi derelitti e per provvedere agli interessi dei terzi. Tali sono a loro modo di vedere, il curatore che si dà quando una donna alla morte del di lei marito asserisca di essere incinta, nel qual caso può essere nominato un *curatore al ventre*, *curator ad ventrem* (4); il curatore che può essere dato all'eredità giacente; e quello

(1) Nella Convenzione consolare tra l'Italia e la Serbia conclusa il 28 ottobre-9 novembre 1879 si trovano le più complete disposizioni a tale riguardo.

(2) Massé, *Droit commercial*, § 547.

(3) Rocco, *Diritto civ. inter.*, parte 3ª, cap. 27.

(4) Il curatore *al ventre* è una figura giuridica del tutto speciale derivata dal Diritto romano, e non è questo il luogo per esporre il concetto di tale istituzione, e discutere se esso debba essere considerato come dato alla persona del nascituro o ai beni. Nell'editto del pretore fu fatta una distinzione tra il *curator ad ventrem* ed il *curator ad bona*, e poteva parere che il primo avesse un carattere del tutto personale, ma i giureconsulti, che commentarono l'editto, opinarono che il *curator ad ventrem* dovea

cui è affidata l'amministrazione dei beni del fallito; e quello che si dà ai beni dell'assente. Queste e simili istituzioni, essi dicono, non derivano da una incapacità personale ed assoluta, ma da una incapacità reale e relativa, che colpisce direttamente i beni, i quali non hanno un padrone certo, e perciò opinano i suddetti scrittori che debbano essere regolate dalla legge del luogo in cui i beni si trovino, e che la loro efficacia termini nei limiti del territorio stesso.

Questa è pure l'opinione del Voet, il quale dopo aver fatta la distinzione suddetta conchiude: *si tamen agatur de curatore bonis dando existimarem eundem quidem dari posse bonis immobilibus ibidem sitis, non tamen alibi, invito judice loci* (1). La ragione, che egli ne adduce, si è, che le disposizioni reali non si possono estendere fuori del territorio: *Jussus enim vel praeceptum judicis, sese non extendit ultra limites ejusdem jurisdictionis.*

459. Mentre riconosciamo esistere una differenza fra l'una e l'altra specie di tutela e di cura, non possiamo tuttavia ammettere la teoria dei succitati scrittori: e per concretare la nostra opinione ne facciamo l'applicazione nel sistema seguito dal Codice civile italiano.

La nostra legislazione istituisce la tutela per difendere la persona non soggetta alla patria potestà, la quale o per difetto di età (art. 241, 277) o per abituale infermità di mente (art. 324, 329) è incapace di provvedere ai propri interessi, e concede al tutore la cura della persona, la rappresentanza negli atti civili, l'amministrazione

---

essere considerato come un *curator ad bona* deputato a somministrare alla donna incinta gli alimenti, l'abitazione ed i sussidii opportuni. Nella legge 8ª (27, 10) è detto *Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet eumque, rem salvam fore, viri boni arbitratu satisdare Proconsul jubet.* Certa cosa è che in alcuni codici moderni troviamo conservata la istituzione del curatore al ventre nominato per provvedere, affinchè i posteri non vengano pregiudicati nell'eredità a cui sono chiamati.

Così è secondo il Codice austriaco, § 274. Anche nel Codice nostro si trova conservata cotesta istituzione, la quale si può considerare stabilita con lo scopo di affidare al curatore una specie di custodia esteriore del feto vivente nell'utero, onde i suoi interessi patrimoniali e morali non sieno pregiudicati ed è per questo che è detto *curatore al ventre*, nel linguaggio classico del diritto romano.

(1) VOET, *De statutis et eorum concursu*, sect. IX, c. II, nº 18.

dei beni (art. 277). La cura, secondo il Codice italiano, è assolutamente distinta dalla tutela, ed è ammessa quando non vi sia bisogno di rappresentare ed assistere certe persone in tutti gli atti della vita civile, ma di assisterle soltanto negli atti, che eccedono la semplice amministrazione. In certi casi essa può essere data specialmente dal tribunale per assistere gl'interessi di certe persone, e propriamente per i beni ad esse appartenenti. È a proposito di queste cure speciali che noi non dividiamo l'opinione dei citati scrittori.

La cura può essere data dal tribunale, qualora nasca conflitto d'interessi tra i figli soggetti alla stessa patria potestà, o tra essi e il padre (art. 224, comma 3), può essere data specialmente ai beni del figlio, quando il padre abusi della patria potestà o amministri male le sostanze del figlio (art. 233); quando alla morte del marito la moglie si trovi incinta, nel qual caso il tribunale può sull'istanza di persona interessata nominare un curatore onde tutelare la persona ed i diritti patrimoniali del nascituro (art. 236): quando la madre perda di diritto l'amministrazione dei beni del figlio per avere contratto un nuovo matrimonio senza osservare le disposizioni della legge, nel qual caso il pretore o sull'istanza del pubblico ministero, o d'ufficio deve convocare il consiglio di famiglia per nominare un curatore ai beni. Quando finalmente l'erede non sia noto, o gli eredi testamentari o legittimi abbiamo rinunziato, il pretore può nominare un curatore all'eredità giacente (art. 980).

Quantunque in tali casi la cura sia istituita coll'intervento dell'autorità giudiziaria, e sia data specialmente ai beni dei figli nati o nascituri, o di quelli che non hanno fatto riconoscere la loro qualità di erede, i principii generali da noi applicati alle altre specie di tutele e di cure non possono ricevere una diversa applicazione. Infatti, comunque in tutti i suddetti casi la cura sia data più specialmente ai beni dall'autorità giudiziaria, non perciò muta la sostanza della cosa, perchè siccome essa è sempre istituita per assistere gli interessi privati di una persona, così bisogna pure ammettere, che la competenza legislativa a tale riguardo debba spettare alla legge sotto la protezione della quale questa persona civilmente viva, e non già alla *lex rei sitæ*.

Nel caso, per esempio, della cura data quando morto il marito una donna asserisca di essere incinta, il sovrano del luogo, in cui esistono le sostanze che possono appartenere al nascituro, non può avere nessun interesse ad applicare la propria legge onde provvedere a norma di questa a nominare il curatore: imperocchè, sia che la cura si consideri istituita pel vantaggio del nascituro, a fine cioè d'impedire la simulazione della gravidanza e la supposizione del parto, sia che la si consideri istituita per provvedere ai bisogni personali della donna, spetta sempre alla legge nazionale di entrambi il provvedere. Conseguentemente se, a modo di esempio, si trattasse di una donna italiana, il curatore dovrebbe essere nominato a norma dell'art. 236, ed esso dovrebbe poter esercitare la sua autorità dovunque esistano i beni.

Nella stessa guisa deve ammettersi, che spetti alla legge nazionale del defunto il provvedere all'amministrazione e conservazione dell'eredità giacente, quando l'erede non sia noto, o gli eredi testamentari abbiano rinunciato: imperocchè, come dimostreremo a suo luogo, la successione debba essere regolata dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratti, di qualunque natura siano i beni, e in qualunque paese si trovino. Quindi, se il defunto fosse un italiano, dovrebbe applicarsi la legge nostra per provvedere all'amministrazione e conservazione dei beni ereditari, e nominato un curatore a norma di quanto essa dispone (art. 980, 983), esso dovrebbe essere riconosciuto dovunque, e dovrebbe amministrare e conservare i beni ereditari in qualunque paese si trovassero. Per le stesse ragioni se un padre straniero abusasse della patria potestà male amministrando le sostanze del figlio, il nostro tribunale non potrebbe nominare un curatore a norma dell'art. 233, ma dovrebbe applicare la legge nazionale dello straniero.

Conchiudiamo pertanto che, al pari delle cure date alle persone, anche quella speciale data ai beni deve essere istituita secondo la legge nazionale della persona, a cui vantaggio è data, e deve essere riconosciuta ovunque esistano le sostanze, che a quella persona appartengano. S'intende bene per altro, che noi non intendiamo mai di escludere la competenza del tribunale locale per i provvedimenti di

urgenza, come, ad es., deve reputarsi quello di nominare il curatore ai beni di un assente.

460. I principii che si applicano alla tutela e alla curatela devono applicarsi altresì al consulente giudiziario che a norma di certe leggi può essere istituito a fine di assistere quelli dichiarati incapaci per causa di prodigalità a fare certi atti giuridici dalla legge determinati.

Supposto quindi che la legge personale non ammetta alcuna forma di assistenza in caso che uno sia prodigo, non si potrebbe sostenere che il magistrato del paese, ove per avventura lo straniero si trovi, e ove sia in vigore la legge, che assoggetti il prodigo ad un curatore o ad un consulente giudiziario, possa essere utilmente richiesto dai congiunti o dal pubblico ministero a fine di nominare il curatore o il consulente giudiziario al prodigo straniero, come se si trattasse di un provvedimento conservativo o di polizia, pel quale in massima deve ritenersi competente il magistrato del paese ove lo straniero dimori.

Basta infatti considerare, che l'istituto del consulente giudiziario forma parte delle misure di protezione stabilite nell'interesse degli incapaci, che affetta lo stato e la capacità della persona, essendochè privi la medesima del pieno godimento e del libero esercizio dei diritti civili; che il restringere la capacità civile delle persone non può essere considerata come una misura conservativa, per le quali può giustificarsi la competenza del magistrato della dimora, e così si arriva a comprendere, come il dare un consulente giudiziario dev' essere retto dalle stesse norme che la tutela, e che dev'essere governata interamente dalla legge personale.

461. A norma della legge personale dell' incapace dovrà determinarsi altresì come la tutela o la curatela può essere deferita, e se debba farsi luogo quindi alla tutela legale, a quella testamentaria, e quando il tutore può essere dato dal consiglio di famiglia, o dal magistrato, o altrimenti.

E qui cade in acconcio di notare che, siccome la tutela e tutte le altre misure di protezione stabilite dalla legge per proteggere un incapace sono da essa sancite nell'interesse di questi, e a fine di proteggere o completare in qualche maniera la personalità di esso, così

tutto deve dipendere dalla legge personale dell'incapace e non già da quella della persona che pretenda di esercitare la sua autorità sull'incapace stesso. Le leggi infatti che organizzano la tutela non mirano certamente a regolare lo stato del tutore, ma mirano invece a regolare lo stato del pupillo o dell'incapace; laonde qualora nasca un conflitto a riguardo di quello che concerne la tutela, tra i diritti di colui che pretende di dover essere tutore, e i diritti del tutelato, dovrà darsi la preferenza sempre alla legge regolatrice dello stato di quest'ultimo.

462. Il conflitto al quale accenniamo può verificarsi nell'ipotesi, che la cittadinanza del minore o dell'incapace sia diversa da quella della persona, a cui esso deve rimanere soggetto.

Tale fatto può essere la conseguenza dell'avere detta persona mutata la cittadinanza propria acquistandone un'altra, qualora si ammettesse il principio da noi sostenuto (1) e sancito da certe leggi, che tale mutamento non debba cagionare il conseguente mutamento della cittadinanza originaria del minore.

Lo stesso può verificarsi nel sistema che dà la preferenza alla legge del domicilio, ma che ammette parimente che il domicilio del minore non segua i mutamenti del domicilio della persona a cui esso è soggetto.

Supponiamo ad esempio che una donna di origine francese avesse perduto tale qualità in conseguenza del matrimonio di lei con un austriaco; che alla morte del marito essa riacquistasse la cittadinanza francese; e che fosse sollevato il dubbio, se codesta donna dovesse ritenersi investita di pieno diritto, in conseguenza della morte del marito, della tutela legale del suo figlio minore oltre tutti i diritti annessi alla patria potestà. Giova premettere che la legge francese a tale riguardo è in opposizione colla legge austriaca. Questa infatti dispone, che avvenuto lo scioglimento del matrimonio con la morte del padre la tutela del minore non appartiene di pieno diritto alla madre, ma che invece, se il padre non abbia nominato un tutore, o ne abbia nominato uno incapace, la tutela debba essere deferita prima

(1) Vedi § 340 e seguenti.

all'avo paterno, poi alla madre (art. 198 Cod. civile). La legge francese invece dispone coll'art. 390 che la tutela legale del minore non emancipato appartiene di pieno diritto alla madre.

463. Noi non possiamo concedere quello che fu ritenuto dalla Cassazione francese, che la vedova possa nel caso supposto invocare la legge francese e pretendere che a norma di essa debba essere a lei deferita la tutela legale, e tutti i diritti a questa annessi secondo la legge francese. Posto infatti che il minore conservi la sua cittadinanza originaria, quella cioè che al momento in cui egli nacque aveva il padre di lui, e che la condizione sua a cagione del non seguire esso i mutamenti di condizione della madre, sia diversa da quella della madre vedova; considerando che le misure di protezione stabilite dalla legge nell'interesse delle persone incapaci sono ordinate a tutelare le persone medesime, e che il diritto di difendere, di proteggere gli incapaci e di provvedere ai loro interessi spetta alla sovranità dello Stato di cui la persona è cittadino, ne consegue, che nel caso proposto si dovrebbe decidere a norma della legge austriaca circa al regime della tutela, e circa la persona alla quale essa dovrebbe essere di pieno diritto deferita; laonde la vedova non potrebbe pretendere la tutela legale del figlio minore di lei, nè l'usufrutto legale ad essa annesso. La dottrina contraria conduce a confondere quello che è un diritto personale del tutelato, con quello che può essere un interesse della persona, che accampi pretese alla tutela, e arriva a disconoscere il diritto della persona per dare la preferenza all'interesse.

A norma della stessa legge francese il minore dovrebbe essere reputato austriaco, e non sappiamo comprendere come si potrebbe giustificare l'applicazione della legge francese onde determinare le misure legali di protezione stabilite nell'interesse di un incapace austriaco. La Cassazione francese ritenne la teoria contraria nella causa Ghezzi contro Marincowich (1), ma noi non possiamo accettare i principii sanciti da quella Corte.

---

(1) Cass. fr. 13 janvier 1873 (*Journal du Palais*, 1073, p. 18). — Vedi pure Tribunal de la Seine 5 avril 1884 (Homberg c. Consul d'Autriche) (*Jour. dr. int. pr.*, 1884, p. 521).

Quella Corte decise che una francese, la quale avea sposato uno straniero, e che avea riacquistata la cittadinanza francese in conseguenza della morte del marito, dovea essere considerata investita di pieno diritto della tutela legale dei suoi figli minori, e di tutte le attribuzioni attive e passive della patria podestà secondo il Codice francese, non ostante che i detti figli fossero restati stranieri come il padre loro, e che la legge straniera, che era la loro legge personale, non ammettesse nè la tutela legale spettante a preferenza alla madre, nè l'usufrutto legale a favore della medesima. Gli argomenti principali addotti dalla Corte in sostegno della sua decisione furono, che per rispetto dei diritti di sovranità non si poteva far prevalere in Francia una legge straniera contraria ad una legge francese e a pregiudizio degl' interessi francesi, dei quali i tribunali doveano innanzi tutto curare la conservazione. Noi avevamo già notato essere cotesta sentenza contraria ai giusti principii (1). Lasciando da parte se una francese divenuta straniera col matrimonio possa acquistare di pien diritto la cittadinanza francese, se nel momento, in cui divenne vedova, risiedeva in Francia (su di che ci pare male a proposito essersi derogato alla regola, la quale stabilisce che la dichiarazione della donna è sempre necessaria per riacquistare la cittadinanza perduta), reputiamo insostenibile la massima sancita dalla Corte. La stessa giurisprudenza francese riteneva già in principio, che la tutela del minore straniero doveva essere governata dalla legge personale di lui, a cagione dell'essere essa istituita a favore di esso (2). Ora, essendo i figli restati stranieri, come poteva applicarsi la legge francese per istituire a norma di questa la tutela legale?

Ammettiamo anche noi che l'applicazione della legge straniera debba essere limitata, se sieno lesi i diritti dell'autorità territoriale (3)

---

(1) Vedi la 2ª edizione della presente opera (Firenze, Le Monnier, 1874), pag. 571 e Traduction par PRADIER-FODÉRÉ, p. 660.

(2) Bastia, 8 décembre 1863 (Costa), DALLOZ, 64, 2, 1. — Paris, 21 mars 1862 (De Rohon Fenix). *Journ. du Palais*, 62, 555.

(3) Paris, 2 août 1866 (De Civry), *Pal.*, 66, 1245. — Cass., 23 mai 1868 (De Civry), *Pal.*, 68, 939. — Paris, 23 fév. 1866 (Rottenstein), *Pal.*, 66, 1120. — Angers, 4 juillet 1866 (Fitz-Gérale), ibid. — Montpellier, 17 déc. 1869 (Barneda), *Pal.*, 70, 345.

ma che cotesta limitazione debba ammettersi pure, quando l'applicazione della legge straniera pregiudichi gl'interessi francesi, ciò sappiamo essere stato sostenuto da quegli scrittori (1), ma opiniamo, che non possa essere al certo una ragione per decidere.

464. Un conflitto veramente grave può essere quello che derivi dalla duplicità di cittadinanza del minore o dell'incapace, dal che può nascere la difficoltà nell'organamento della tutela.

Supponiamo, ad esempio, che un italiano sia nato in una delle repubbliche americane, e che a norma della legge ivi vigente sia qualificato cittadino di essa pel solo fatto della nascita. Essendo egli reputato tuttora cittadino italiano di fronte alla legge nostra, qualora fosse il caso d' istituire in favore di esso la tutela, è naturale, che in Italia bisognerebbe riferirsi alla legge nostra e costituire a norma della medesima il consiglio di famiglia. Però, a cagione dell'essere il medesimo reputato cittadino americano, non si potrebbe impedire, che le autorità americane competenti istituissero la tutela a norma della legge del loro paese a riguardo dei beni ivi esistenti, e che conseguentemente considerassero senza effetto le deliberazioni del consiglio di famiglia ed i provvedimenti presi in conformità della legge italiana.

Cotesto è uno dei deplorevoli inconvenienti che derivano dal potersi trovare uno cittadino di due Stati diversi (2), ma non vi sarà modo di evitarlo fino a tanto che gli Stati non stabiliranno d'accordo le norme per escludere la duplicità di cittadinanza. Nell'attuale stato di cose accadrà quindi, che si istituiranno due tutele, l'una per l'amministrazione dei beni esistenti in Italia, a norma della legge del nostro paese, di cui il minore sarebbe reputato cittadino, e una a norma della legge dello Stato americano; e che i provvedimenti presi dalla tutela istituita in uno dei due paesi non saranno reputati efficaci nell'altro. Bisognerà in una parola ammettere due tutele distinte cosi come accade a riguardo della successione (3).

---

(1) Vallette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. I, p. 85. — Demolombe, *Effet et applic. des lois*, t. I, n° 402.

(2) Vedi innanzi §§ 331 e 341.

(3) La Corte d'appello di Santiago non volle riconoscere la tutela istituita a favore di un minore francese, il quale pel solo fatto dell'esser nato

465. In certi casi il tutore, può essere nominato dal giudice, ma non si può ammettere come regola generale, che esso debba essere riconosciuto dovunque, così come lo dev'essere il tutore istituito a norma della legge personale, o il tutore testamentario. Bisognerà invece tener presente in questo caso speciale le regole che concernono l'autorità estraterritoriale dei decreti di magistrato straniero, onde decidere a norma di esse se il tutore giudiziario debba o no essere riconosciuto.

In Inghilterra, secondo la regola posta dalla Camera dei Lords, nella celebre causa del marchese di Bude nel 1861, il tutore nominato da una Corte straniera non è considerato come designato *ex debito justitiae*, quale tutore del minore straniero ivi. Si ritiene invece, che debba essere attribuito alle Corti inglesi di nominare il tutore, e che incombe soltanto alle medesime di prendere in considerazione la nomina già fatta dal magistrato straniero, e nominare occorrendo il medesimo tutore da esso nominato, qualora nell'interesse del minore vi sieno buone ragioni per fare così.

A norma di altre leggi la tutela deferita dal magistrato non è generale, ma deve esercitarsi entro i limiti fissati dal magistrato stesso. Così è ad esempio secondo la legge mussulmana, a norma della quale il tutore giudiziario può fare soltanto gli atti espressamente autorizzati dal magistrato da cui fu istituito (1).

466. Non è questo il luogo per discutere largamente tale controversia, perchè essa rientra in quella più generale dell'efficacia che

---

nel territorio del Chilì era reputato cittadino chiliano a norma della legge di quel paese, e conseguentemente furono dichiarate di niuno effetto le deliberazioni prese dal consiglio di famiglia in conformità della legge francese a riguardo dei beni esistenti in quella repubblica. Vedi la sentenza del tribunale di Valparaiso del 21 maggio 1865 confermata dalla Corte di Santiago (*Journ. droit privé*, 1875, pag. 380).

Le pratiche fatte in via diplomatica per fare accettare le decisioni contrarie dei tribunali francesi non arrivarono ad alcun risultato soddisfacente.

(1) Vedi sentenza della Corte d'appello del Cairo 22 janvier 1877. *Journ. du droit int. privé*, 1878, p. 188. — Confr. Trib. corr. de la Seine, 26 décembre 1882, Drake del Castello. *Journ. du droit int. privé*, année 1883, t. X, p. 51.

possono avere all'estero i decreti di un magistrato, della quale ci occuperemo nel diritto giudiziario.

Notiamo soltanto, che in generale il tutore giudiziario deve essere riguardato come istituito dal magistrato, a cui la legge abbia deferito il potere di nominarlo, e che deve dipendere esso pure dalla legge personale, laonde tale nomina non potrebbe essere fatta dal magistrato del luogo, ove si trovano i beni dell'incapace, perchè essendo sempre un provvedimento in favore della persona dev'essere retto dalla legge personale della medesima, anche per quello che attribuisce competenza ad un magistrato speciale.

L'unica questione che può essere sollevata è, se il decreto del magistrato della patria del minore, con cui sia stato conferito ad uno l'ufficio di tutore, debba essere confermato dal magistrato del luogo ove esistono i beni del minore e dichiarato da esso efficace.

Dobbiamo notare, che un tutore giudiziario nominato a norma della legge personale dovrebbe essere riguardato dovunque come un mandatario generale munito di una procura generale *ratione officii*, che quindi può essere tenuto a far constatare di essere munito di un mandato valido, in virtù del quale egli acquistò il potere di agire dovunque, ma non si può parimente richiedere che egli faccia riconfermare il suo titolo e la sua autorità dal magistrato del luogo, in cui debba agire, così come se egli dovesse domandare a questi il suo potere.

La regola da noi posta può valere per qualunque amministratore, il quale sia nominato a seconda della legge personale dell'incapace da una pubblica autorità a cui sia attribuita tale speciale facoltà. Così ad esempio, a norma della legge vigente in Spagna, un Console di quello Stato può provvedere mediante ordinanza alla cura di uno spagnuolo prodigo residente all'estero, e dare ad esso un consulente (*curator exemplaris*). Ora bisogna pure ammettere, che il curatore nominato dal Console debba essere riconosciuto in tale sua qualità, e che debba esercitare i poteri ad esso attribuiti dalla legge spagnuola senza che l'ordinanza sia assoggettata all'*exequatur* come una sentenza di tribunale straniero. Siccome infatti esso non produce altri effetti, che quello di determinare la situazione legale di colui che essendo

prodigo non può da sè liberamente amministrare i suoi beni pel pericolo che rovini il suo patrimonio, e di modificare la capacità del medesimo, così, non solo deve dipendere dalla legge personale, ma dev'essere efficace dovunque, nella stessa guisa che lo devono essere la legge personale stessa, e le misure a norma di essa sancite a riguardo degl'incapaci.

467. Circa la persona che può essere investita della qualità di tutore, di protutore, o di curatore notiamo, che bisognerà riferirsi alla legge personale del minore per decidere quali persone debbano essere escluse dagli uffici tutelari, e quali debbano essere rimosse, qualora li avessero assunte. Lo che diciamo per la considerazione, che la esclusione e la rimozione di certe determinate persone sono stabilite dalla legge a fine di proteggere meglio gl'interessi del tutelato.

Per quello che concerne poi la capacità delle persone, che possono accettare l'ufficio di tutore bisognerà riferirsi alla legge personale delle medesime.

Dovrà parimenti applicarsi la legge personale del tutelato per decidere se lo straniero possa o no essere tutore di esso. In Francia è stato ritenuto, che uno straniero non può essere tutore di un minore francese, e ciò perchè è stato osservato che la tutela essendo un *munus publicum*, un'istituzione di diritto civile, non può concernere che i cittadini (1).

In Italia invece non potrebbe valere la stessa regola, perchè lo straniero non è compreso tra le persone escluse dagli uffici tutelari, e d'altra parte non vi sono ragioni per ritenerlo escluso (2). In ogni

---

(1) Aubry et Rau, 4e édit., t. I, p. 285; Demolombe, I, pag. 266 e 267; Valette, *Cours de droit civil*, p. 69, n° 1. — Bastia, 5 juin 1838 (S. 38, II, 439). Paris, 21 mars 1861; S. 61, II, 209.

A codesta regola è stata fatta eccezione soltanto a riguardo degli stranieri parenti del minore. Cass. fr., 16 février 1875 (*Journ. du droit privé*, 1675, p. 441). — Il tribunale civile di Varsavia ritenne pure che l'ascendente straniero non domiciliato nè residente in Francia è di pieno diritto tutore dei minori francesi mancando l'avo dell'altra linea, 1er mai 1879 (*Journal du droit intern. privé*, 1879, p. 396).

(2) Se lo straniero non poteva essere nominato tutore a Roma, ciò era perchè non avea la *testamenti factio*. *Testamenti tutores hi dari possunt*.

caso ci pare debba valere la regola di non ammettere l'esclusione a riguardo dello straniero, quando non sia espressamente così disposto a norma della legge personale del minore.

468. Per quello che concerne le attribuzioni del tutore, del curatore e via dicendo e l'esercizio dei poteri ad essi spettanti è necessario distinguere quelli che riguardano la persona dell'incapace, e quelli che riguardano la gestione del patrimonio del medesimo.

Rispetto ai primi fa d'uopo riferirsi in principio alla legge personale dell'incapace, onde determinare a norma di essa quale sia il potere del tutore per tutto ciò che concerne il governo della persona incapace, e se esso debba essere reputato esclusivo o sottoposto al controllo di un'altra autorità, come può essere quello del consiglio di famiglia, o del consiglio di tutela, o di un tribunale.

Bisogna poi tener presente, che la legge personale non potrebbe essere applicata, quando essa fosse in opposizione con una legge territoriale di polizia o di ordine pubblico. Così deve dirsi ad esempio delle misure relative al diritto di correzione concesso dalla legge al tutore, le quali devono essere governate dalla legge del paese, in cui sia domiciliato o dimori l'incapace, e limitate a norma della medesima. Notiamo inoltre che qualora la legge straniera, secondo la quale sia stata istituita la tutela, non abbia provveduto a determinare certi poteri eccezionali del tutore, bisognerà riferirsi ai principii generali del diritto, onde decidere a norma di essi se al tutore debba essere o no attribuita un determinato diritto sulla persona del minore. Così ad esempio deve risolversi la questione se al tutore straniero, al quale compete la facoltà di dirigere l'educazione morale e civile del pupillo, possa essere attribuita la facoltà di mutare la religione del medesimo, e se l'opposizione da parte di coloro, che potessero avere interesse, debba essere o no accolta da un tribunale italiano. Supposto che la

---

cum quibus testamenti factio est (L. 21, Dig. *de testament. tutela*, 262). Nè poteva essere chiamato come agnato, perchè l'*jus agnationis* non esisteva tra cittadini e peregrini (Istit. *de legittima agnatorum tutela*, I, 15). Ma queste ragioni oggi non sussistono, perchè gli stranieri sono ammessi a godere i diritti civili, e possono quindi essere tutori, quando ciò sia conforme all'interesse della persona che dev'essere sottomessa a tutela.

legge della patria non abbia fatto del tutore un arbitro assoluto, anche per quello che possa riguardare le questioni relative all'educazione morale e religiosa del pupillo, non potendosi tale facoltà ritenere compresa nei poteri attribuiti al tutore secondo i principii generali del diritto, l'opposizione dovrebbe essere accolta per la considerazione che il tutore deve essere in massima sottoposto al controllo della famiglia per quello che concerne l'educazione morale e religiosa del pupillo (1).

469. Rispetto ai poteri del tutore riguardo alla gestione del patrimonio, così come del curatore o di qualsivoglia amministratore, parecchi scrittori ammettono che debbano essere regolati dalla *lex rei sitæ* (2). Questa teoria è stata la conseguenza del concetto feudale della proprietà ed è stata più largamente applicata agli atti fatti dagli amministratori degl'incapaci sugl'immobili, per la falsa idea di voler trovare l'interesse sociale in causa in qualsivoglia atto relativo ad essi. È così sopratutto nei paesi, nei quali impera il diritto anglo-americano e la *Common Law*.

« È indubitato (dice lo Story) che la *Common Law* non riconosce i diritti dei tutori stranieri sui beni immobili situati in altro Stato. Tali diritti sono considerati come territoriali e non possono avere nessuna influenza sui beni siti in altri paesi, la cui legislazione ammetta regole diverse. Nessuno vorrà supporre che un tutore, istituito secondo le leggi di un paese, abbia diritto di esigere le rendite o di prendere possesso dei beni del suo pupillo situati in un altro Stato senza essere debitamente autorizzato dal tribunale locale. È ben noto il principio, che i diritti sulla proprietà reale non possono essere acquistati, modificati o ceduti che in conformità della *lex rei sitæ* (3) ».

---

(1) Confr. Cour de Bruxelles, 15 janvier 1876, Dewit c. Luchtens (*Pasicrisie Belge*, 1876, II, 119).

(2) Burgundius, *Tract.*, 1, n° 12, p. 23; Voet, *De statut.*, § 9, c. 2, n[i] 17, 19; Boullenois, *Observation*, 29, p. 320; Molinei, *Opera*, t. III; *Ad Cod.*, t. I, tit. I; Erzio, *De collisione legum*, IV, n° 8; Burge, *On colonial and foreign Law*, parte 2ª, cap. 23.

(3) Story, *Conflict of Laws*, § 504, 505.

Dobbiamo anzi soggiungere che in Inghilterra, per quello che ne riferisce anche Westlake, non si concede ai tutori o curatori stranieri neanche di riscuotere i pagamenti o di fare atti relativi ai beni mobili senza l'autorizzazione del magistrato inglese, il quale si riserva il potere discrezionale di autorizzare o negare al tutore o curatore straniero di riscuotere i valori mobili esistenti nella Gran Bretagna, e sopratutto poi di quelli che cadono sotto la giurisdizione della Corte, che ha una giurisdizione speciale in materia di depositi fiduciarii e beni affidati al *Trustee* (1).

470. Noi, siccome avevamo già scritto nella 1ª edizione della presente opera (2), non possiamo accettare la teoria che riposa sul concetto del realismo feudale della proprietà. Avendo considerato la tutela e tutte le disposizioni, che si riferiscono al regime di essa, coordinate a difendere gl' interessi personali e patrimoniali delle persone incapaci a provvedere di per loro stesse, abbiamo ritenuto conseguentemente, che tutto debba dipendere dalla legge personale dell'incapace, perchè spetta ad essa di difendere e di tutelare i diritti dei cittadini sui beni ad essi appartenenti, ovunque sieno situati. Diciamo quindi, che si dovrà decidere a norma di essa in qual maniera il tutore o l'amministratore incaricato di rappresentare l'incapace in tutti gli atti della vita civile debba amministrare il patrimonio di lui, e come egli debba esercitare la sua missione, e quali atti debbono reputarsi necessari o utili alla conservazione, al miglioramento ed all'aumento del patrimonio del medesimo.

Bisognerà tener conto della legge personale dell'incapace onde decidere se l'amministratore debba alienare gli stabilimenti di commercio ed i beni mobili dell'amministrato, se possa acquistare o alienare beni immobili, fare locazioni oltre il novennio, accettare eredità, donazioni, legati, o repudiarli: procedere a divisioni o provocarle giudiziariamente, e via dicendo, e se possa fare tutto questo

(1) Westake, *Treatise on private international law with principal reference to its practice in england*, e l'articolo del medesimo nel *Journal du droit international privé*, an. 1881, pag. 313.

(2) Vedi l'edizione pubblicata nel 1869, § 180, e la traduzione della 2ª ediz. fatta da Pradier-Fodéré, 1875.

da solo e sotto la sua semplice responsabilità, e se debba prestare cauzione, e questioni simili. Noi non abbiamo mai saputo vedere in tutto ciò dei rapporti, di loro propria natura, d'interesse territoriale, ma, avendo invece considerato prevalente l'interesse personale, abbiamo quindi ritenuto, che la legge, che organizza la tutela o la curatela nell'interesse di un incapace, debba seguirlo dovunque, anche per quello che provvede all'amministrazione dei beni. Oggi siamo ben lieti che la nostra teoria sia stata accettata da Laurent e da Brocher, che colla loro grande autorità le hanno dato un grande sostegno (1).

471. Nell'ordine d'idee da noi seguito, si deve ammettere, che qualora, a modo d'esempio, un tutore istituito ad un minore straniero debba amministrare il patrimonio di questi, che supponiamo esistente in parte in Italia, non possa essere richiesto che esso debba promuovere la nomina del protutore a norma di quanto dispone l'art. 265 del Codice civile italiano, che non consente l'esercizio della tutela, quando non vi sia il protutore.

A primo aspetto potrebbe parere, che, siccome il nostro legislatore richiede assolutamente il protutore, affinchè questi rappresenti il minore nei casi in cui l'interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore, così tale disposizione, dovendosi considerare di ordine pubblico, debba avere autorità territoriale, anche a riguardo del tutore di uno straniero, che voglia amministrare i beni del minore esistenti in Italia. Giova non pertanto considerare, che essa mira pure direttamente a tutelare gl'interessi personali del minore, e che perciò deve essere applicata alle tutele rette dalla legge nostra, e non già a quelle rette da leggi straniere. Non si può al certo sostenere che la legge nostra, in quello che istituisce il protutore, provveda a tutelare un interesse territoriale.

La legge del paese, in cui ha luogo la gestione della tutela, dovrà essere applicata soltanto per quello, che concerne il procedimento e le formalità richieste a riguardo degli atti fatti da un amministratore straniero, perchè essi cadono sotto la regola *locus regit actum*.

---

(1) Vedi LAURENT, *Droit civil intern.*, t. VI, § 50, p. 99; BROCHER, *Droit intern. privé*, t. I, p. 354. Vedi pure ASSER, *Droit int. privé*, § 59.

Bisogna peraltro bene avvertire, che noi intendiamo accennare alle formalità estrinseche, e non già a quelle sostanziali, che possono essere richieste per la validità di un atto fatto da un amministratore straniero, e che riteniamo pure sotto l'impero della legge personale del minore.

Così ad esempio deve dirsi dell'omologazione del tribunale richiesta secondo certe leggi per la validità degli atti di alienazione, di pegno o d'ipoteca dei beni del minore. Non si può al certo sostenere, che la legge, la quale impone l'omologazione del tribunale o altre simili formalità per l'alienazione valida degl'immobili di un incapace, sia una legge reale immobiliare, e che faccia parte come tale dello statuto reale. Neanche si può sostenere, che essa concerna le forme estrinseche, le quali cadono sotto la regola *locus regit actum*. Essa dev'essere invece compresa tra le misure di protezione stabilite nell'interesse delle persone incapaci, e dev'essere retta come tale dallo statuto personale delle medesime e non già dalla *lex rei sitæ*.

472. Gli stessi principii dovranno essere applicati a tutti gli atti di gestione compresi quelli richiesti per la conservazione di un immobile appartenente a minore straniero.

Supponiamo, a modo d'esempio, che durante la tutela di un minore spagnuolo sia necessario di contrarre un mutuo e di dare un'ipoteca sull'immobile appartenente a codesto minore, onde provvedere così alle riparazioni straordinarie indispensabili.

A primo aspetto potrebbe parere, che avendo il legislatore italiano disposto che gl'immobili sono soggetti alla legge del luogo ove sono situati, e trattandosi di riparazioni straordinarie di un immobile, e di iscrivere l'ipoteca su di esso, dovesse essere applicata, la legge nostra onde decidere a norma di essa come il mutuo dovrebbe essere contratto, e da chi dovrebbe essere autorizzato. Si potrebbe quindi sostenere essere indispensabile l'autorizzazione del Consiglio di famiglia richiesto dall'art. 296 del Codice civile.

Bisogna invece considerare, che la controversia è per la sua natura fra quelle, che concernono l'esercizio della tutela, e siccome questa dev'essere retta dalla legge personale del minore, così bisognerà riferirsi ad essa, onde decidere come il mutuo e l'ipoteca deb-

bano essere autorizzati. Il diritto spagnuolo non ammette l'organizzazione del consiglio di famiglia, così come esso è istituito dalla legge italiana, considera invece come supremo protettore dei minori il tribunale, nella stessa guisa che in Inghilterra cotesto alto ufficio è attribuito alla Corte di cancelleria. Sarà quindi indispensabile che il tutore o il curatore, secondo i casi, ottenga previamente l'autorizzazione del tribunale a norma della legge personale del minore.

E qui cade in acconcio di notare, che nell'ipotesi da noi fatta il tutore spagnuolo non potrebbe rivolgersi al tribunale italiano e domandare a questo di essere autorizzato a contrarre il mutuo e ad iscrivere l'ipoteca. Non varrebbe infatti addurre, che dovendo egli a norma della legge personale del minore ottenere l'autorizzazione del tribunale, potesse richiederla al tribunale del luogo in cui l'immobile fosse situato, imperocchè la giurisdizione del tribunale nel caso in parola non potrebbe essere determinata dalla situazione della cosa, per la considerazione dell'essere il tribunale chiamato come suprema autorità tutoria istituita nell'interesse del minore. Egli dovrebbe quindi rivolgersi al tribunale spagnuolo, così come, se si trattasse d'un minore inglese, sarebbe indispensabile l'autorizzazione della Corte di cancelleria inglese. È chiaro, che l'autorizzazione del tribunale nel caso in parola equivale a quella che è richiesta a norma della legge italiana, e che deve essere data dal consiglio di famiglia, laddove si tratti di un minore italiano, e che conseguentemente la competenza del tribunale della patria non può essere surrogata da quella del tribunale del luogo, ove l'immobile sia situato, eccetto che codesto tribunale fosse richiesto mediante rogatoria dal tribunale della patria, onde esaminare le circostanze di fatto ed autorizzare il mutuo e l'ipoteca.

S'intende benissimo, che i principii da noi esposti non troverebbero applicazione nell'ipotesi che le riparazioni straordinarie fossero tanto urgenti da non ammettere dilazione di sorta, imperocchè in tale ipotesi il tribunale sarebbe competente ad autorizzare i provvedimenti secondo il caso, ma questo rientrerebbe del resto nella regola generale, che legittima sempre la competenza nei casi d'urgenza

per la giusta considerazione che i provvedimenti relativi devono essere riguardati come misure di polizia e di ordine pubblico.

473. Richiamando quindi la regola già data, che cioè la legge territoriale debba regolare le forme estrinseche degli atti degli amministratori stranieri, bisognerà intenderla nel senso, che essa debba regolare il procedimento, come sarebbe, ad esempio, quello occorrente per l'esecuzione della vendita dei beni del minore, quando sia stata autorizzata, vale a dire la pubblicità delle formalità dell'asta, della subasta e via dicendo.

§ 3°.

Dell'interdizione.

474. Carattere dell'interdizione giudiziaria. — 475. Controversia circa il tribunale competente a pronunciarla. — 476. Della legge che deve regolare l'interdizione. — 477. Controversia circa le persone che possono provocarla. — 478. Della legge che deve regolare gli effetti della interdizione.

474. L'interdizione può essere la conseguenza di una sentenza penale, e di essa diremo nel capitolo seguente; in questo luogo ci occuperemo di quella pronunciata dal giudice civile.

L'interdizione giudiziaria dev'essere in principio pronunciata dal tribunale competente nell'interesse di uno, che a cagione della sua abituale infermità di mente sia incapace di aver cura di sè medesimo, e di amministrare i propri beni e di provvedere ai propri interessi. Ciascuna legge determina, quali sieno le persone che possono essere interdette, e quali sieno quelle ammesse a provocare l'interdizione delle medesime. Una qualche diversità intorno a ciò si trova senza dubbio tra le leggi dei varii paesi, e basti notare, che a norma della legge nostra, ad esempio, il sordomuto ed il cieco dalla nascita sono reputati di diritto inabilitati, e che possono essere pure dal tribunale dichiarati abili a provvedere anche alle cose loro (art. 340 Cod. civile), mentre a norma di altre leggi a riguardo del sordomuto si fa luogo all'interdizione. Rispetto poi alle persone, la legge nostra attribuisce il diritto di promuoverla non solo a qualsiasi congiunto e al coniuge, ma altresì al pubblico ministero.

475. Quando sia il caso di pronunciare l'interdizione di uno straniero, può essere sollevato un dubbio, se il tribunale del paese, in cui egli dimori, debba essere reputato competente. Tale speciale controversia è assorbita in quella più generale, se cioè i tribunali sieno o no competenti a decidere le questioni relative allo stato personale di uno straniero, la quale ha dato luogo a molte dispute tra gli scrittori, e che è stata variamente risoluta dalla giurisprudenza (1). Non possiamo trattare a fondo tale questione, che appartiene veramente al diritto giudiziario, notiamo soltanto, che le due opinioni estreme non ci sembrano sostenibili. In principio si può ammettere, che valutando le gravi conseguenze che derivano dalle modificazioni dello stato personale: la difficoltà di applicare bene la legge straniera in tali questioni di loro natura molto complicate, e l'influenza che la competenza legislativa deve esercitare sulla competenza giudiziaria, tutto suggerisce di ritenere, in massima, come foro ordinario il tribunale della patria di ciascuno. Vi possono essere non pertanto circostanze ben gravi, che giustifichino il fare il giudizio dinanzi al tribunale del paese, ove la persona si trovi, attribuendo a codesto tribunale una competenza speciale, come foro straordinario, e tale ci sembra il caso dell'interdizione

---

(1) Confr. tra gli scrittori che negano assolutamente la competenza. PISANELLI, *Della Competenza*, n° 496. FERRAUD-GIRAUD, *De la compétence des tribunaux français* nel *Journ. du droit int. privé*, 1880, pag. 148; FŒLIX, *Droit int. privé*, § 158; DALLOZ, *Rép. droit civil*, n° 316, e *Code civ. annoté*, art. 14, n° 236 a 273; AUBRY et RAU, *sur* ZACCARIA, t. VIII, § 748 *bis*; MERLIN, *Quest. d'état, Répert.*, p. 472; Cassaz. di Torino, 13 giugno 1874, Dulché c. Pirola. Vedi contra: SAREDO, *Del procedimento in Camera di consiglio*, 470; RICCI, *Comment. al Cod. di proc.*, I, 229; MATTIROLO, *Elem. di dirit. giudiz.*, I, pag. 561; FUSINATO, *Questioni di diritto intern. privato*, vol. II; LAURENT, *Droit civil inter.*, vol. IV; GENTET, *Étude sur les questions d'état;* GEREAUT, *De la compétence* n° 392; BONFILS, *De la compétence*, p. 198; FILOMUSI-GUELFI, Nota alla sentenza della Corte di Lucca, 28 giugno 1867, nel *Foro italiano*, 1877 pag. 1190; ASSER, *Droit intern. privé* (traduit par RIVIER), § 70; Corte di Lucca, 11 dicembre 1873, (*Annali della Giurisprudenza*); Milano, 18 febbraio 1876, *Monitore*); Casale, 18 gennaio 1884, *Monitore dei tribunali* di Milano, 1884, 679); Ancona, 22 marzo 1684, *Giurisprudenza italiana* e *Legge*.

giudiziaria motivata dall'alterazione delle facoltà mentali di una persona, che per la infermità della mente sia incapace di aver cura di sè e di amministrare i propri beni.

L'escludere assolutamente in tali circostanze la giurisdizione del tribunale del paese, ove lo straniero dimori, equivarrebbe a pregiudicare gravemente gl'interessi del medesimo, e basti considerare la natura dell'istituto giuridico e la necessità di provvedere senza dilazione per comprendere come l'interdizione giudiziaria debba essere pronunciata là, ove l'alienato di mente si trovi. Si può soltanto con ragione sostenere, che il domicilio debba essere richiesto onde attribuire la competenza speciale in materia d'interdizione, o che per lo meno occorra la residenza prolungata per un numero considerevole di anni, nel qual caso essa o si convertirebbe in domicilio, o acquisterebbe la stessa efficacia rispetto alla competenza, ma che non debba mai essere sufficiente la semplice dimora, la qual cosa diciamo, non solo perchè ci sembra più consentaneo alla natura stessa delle cose e all'interesse dell'alienato di mente, ma altresì per la difficoltà, in cui si troverebbe lo stesso tribunale, se non fosse quello del domicilio o della residenza, di pronunciare una sentenza con cognizione di causa, di raccogliere le prove e di apprezzare tutte le circostanze. La teoria stabilita in una sentenza della Corte d'appello di Lucca (1), la quale ritenne sufficiente la residenza e anche la semplice dimora per pronunciare l'interdizione di uno straniero, non ci sembra accettabile, perchè valutando le gravi conseguenze che derivano dall'interdizione giudiziaria non è consentaneo di attribuire la competenza in questione tanto grave e complicata al tribunale del paese ove uno straniero dimori. Esso potrà senza dubbio reputarsi competente per tutti i provvedimenti conservativi, ma non per pronunciare l'interdizione giudiziaria (2).

---

(1) Lucca 1° settembre 1875, Stocker-Kirkoup contro Pubblico Ministero (*Monitore dei Tribunali*, 1876, pag. 356).

(2) Confr. Cour de Caen, 29 janvier 1873, May e Sheppords (Dalloz, *Périodique*, 1878, 2, 224). — Vedi in senso contrario, Cassaz. di Torino, 13 giugno 1874, Dulché contro Pirola.

476. Considerando risoluta la questione di competenza è chiaro che il tribunale dinanzi a cui sia proposta utilmente la domanda d' interdizione di uno straniero dovrà decidere in conformità della legge personale di esso e a riguardo delle cause per le quali l'interdizione possa essere pronunciata, e a riguardo delle persone che possono essere ammesse a provocare l' interdizione. Intorno a quest'ultimo punto facciamo soltanto la riserva, che, nell' ipotesi che secondo la legge della patria dello straniero non fosse concesso al pubblico ministero o ad altro ufficiale pubblico di promuovere l' interdizione, e fosse riservata tale facoltà ai parenti soltanto, questa non dovrebbe reputarsi una buona ragione per respingere l' istanza da parte del pubblico ministero in un paese la di cui legge attribuisse a questi tale facoltà. Noi riteniamo che la legge di uno Stato, la quale richiede in certi atti giuridici l'intervento del pubblico ministero, o che attribuisce ad esso la facoltà d'iniziare un procedimento giudiziario, siccome così facendo provvede agl'interessi sociali, deve reputarsi come una legge di polizia e di ordine pubblico, e deve avere come tale autorità territoriale.

477. Può essere sollevato il dubbio, nell' ipotesi che l'istanza per l'interdizione fosse stata fatta al tribunale straniero, se i terzi, i quali non fossero congiunti, ma che potessero avere interesse a far rigettare la domanda d'interdizione, potessero domandare d'intervenire nella causa, e se l'istanza d'intervento fatta dai medesimi debba essere decisa a norma della legge personale della persona contro cui sia promossa l'interdizione, ovvero a norma della *lex fori*.

A primo aspetto si può addurre, che siccome l'istanza d'interdizione ha per oggetto lo stato e la capacità della persona, e siccome spetta alla legge chiamata a tutelare la persona di determinare da chi l'interdizione possa essere promossa e contradetta, e d'altra parte l'intervento in causa per far rigettare l'istanza implicherebbe nel giudizio d'interdizione (che concerne la capacità), l'esercizio di un diritto spettante alla persona del convenuto, così tutto dovrebbe dipendere dalla legge personale di questi.

Dobbiamo non pertanto considerare, che la questione dell'interdizione, oltre ai rapporti che ha colla capacità e colla condizione

giuridica della persona, ne ha altri col patrimonio di essa, e cogli atti fatti rispetto a questo, i quali possono complicare gl'interessi dei terzi. Alcune leggi non solo dichiarano nulli di diritto gli atti fatti dall'interdetto dopo la sentenza d'interdizione, ma dichiarano altresì annullabili gli atti anteriori all'interdizione sotto certe condizioni determinate (1). Non incombe a noi di discutere ora se l'intervento dei terzi possa o no essere in massima giustificato, e lasciando da parte questa questione che concerne il diritto interno (2), riteniamo, che la questione dell'intervento in causa nel caso da noi configurato dovrebbe essere decisa dal giudice a norma della legge territoriale, e non già di quella personale dello straniero che si tratti d'interdire. Questa deve essere applicata per determinare le persone che possono promuovere l'istanza, ma per decidere circa l'ammettere o l'escludere l'intervento dei terzi nel giudizio d'interdizione, siccome il principio, pel quale l'intervento potrebbe essere ammesso o escluso, dovrebbe ritenersi connesso col diritto sociale, così dovrebbe essere retto dalla *lex fori*.

478. Gli effetti dell'interdizione per tutto quello che concerne le conseguenze, che da essa derivano a riguardo dell'incapacità dell'interdetto, dalle persone alle quali la legge ne attribuisce la tutela, e degli atti che esse possono fare e rispetto alla persona dell'interdetto e rispetto al patrimonio di questi, devono essere retti dagli stessi principii già esposti, ritenendo applicabili alla tutela degli interdetti tutto quello che abbiamo detto circa la tutela dei minori.

---

(1) Confr. Cod. civ. ital., articoli 355 e 356.

(2) Laurent, *Droit civil*, tom. V, n° 278, et Cour de Bruxelles, 31 janvier 1881 (*Pasicrisie belge*, 1882, 2, 69).

CAPITOLO VIII.

Dell'influenza della sentenza penale straniera a riguardo dello stato e della capacità giuridica.

479. Influenza delle condanne penali sulla condizione giuridica delle persone. — 480. Dottrina degli scrittori circa l'efficacia a tale riguardo delle sentenze penali straniere. — 481. Teoria della Corte di cassazione di Roma. — 482. Opinione nostra. — 483. Disposizioni delle leggi. — 484. Come ai giudici incomba di attenersi ad esse. — 485. Conseguenze della condanna penale pronunciata dai tribunali della patria. — 486. Le incapacità derivanti a seconda della legge personale non possono essere ammesse dovunque. — 487. Della condizione di uno condannato da tribunale straniero. — 488. Non si può ammettere che la sentenza penale estera debba essere riguardata di nessun valore anche a riguardo delle conseguenze legali che ne possono derivare. — 489. Come la questione debba essere risoluta secondo i principii del diritto. — 490. Le conseguenze legali di una condanna penale straniera possono essere in certi casi rette dalla legge territoriale. — 491. — La sentenza penale estera può valere come prova dello stato personale. — 492. Influenza della sentenza penale estera nel giudizio civile relativo allo stato di una persona.

479. Le condanne penali possono in massima esercitare influenza sulla condizione giuridica delle persone e sulla capacità delle medesime. Così lo stato di filiazione naturale può risultare indirettamente da sentenza penale (1); lo stato di coniuge può derivare da una sentenza penale quando la prova della legale celebrazione del matrimonio sia fondata sul risultato di un processo penale (2); come può dipendere da questo la incapacità ad esercitare certi diritti e la perdita del godimento di altri.

Gli effetti di una sentenza penale pronunciata nel territorio di uno Stato, avuto riguardo alle conseguenze legali che da essa derivano rispetto alla condizione giuridica del cittadino condannato, devono essere rette in tutto dalla legge interna, e non incombe a noi

(1) Confr. Cod. civ. italiano, articoli 189, 193.
(2) Id. id. art. 122.

di occuparcene. Noi dobbiamo invece investigare, se gli effetti, che derivano da una sentenza penale secondo la legge del paese ove fu fatto il giudizio, debbano essere ammessi all'estero.

480. Tutti gli scrittori sono concordi nel sostenere essere contrario all'indipendenza delle sovranità l'autorizzare nel territorio di uno Stato l'esecuzione delle sentenze rese in materia penale da tribunali stranieri contro la persona o contro i beni di un individuo (1). Ora da questo principio alcuni hanno pensato poter dedurre, che le conseguenze legali di una sentenza relative allo stato e alla capacità, siccome sono esse pure una pena (perchè nel fatto esse risultano virtualmente di pieno diritto dalle pene alle quali la legge annette tale effetto), e siccome è sempre indispensabile attribuire una forza operativa o di esecuzione alla sentenza estera, ogni qualvolta che si voglia attribuire ad essa l'effetto di modificare la condizione personale del condannato e la capacità del medesimo, così non può essere mai il caso di ammettere, che una condanna penale straniera possa esercitare all'estero alcuna influenza nei rapporti civili, a cagione del non potere essa avere alcun valore di sorta fuori del territorio ove fu pronunciata.

481. Codesta teoria fu accolta dalla Corte di cassazione di Roma e confermata colla sentenza da essa resa il 23 luglio 1885: « Se l'interesse comune alla repressione dei reati, disse la Corte, fece prevalere nella scienza ed ammettere nelle legislazioni, non però assolutamente, ma sotto certe determinazioni speciali, il principio della estraterritorialità della legge penale, per attribuire ai tribunali dello Stato, una giurisdizione anche sopra i reati commessi nel territorio di un altro Stato, il concetto della solidarietà delle nazioni non si può spingere sino a riconoscere un'efficacia ai giudicati penali pronunziati all'estero, in modo da poter produrre di pieno diritto nello Stato i loro effetti, sia quanto alla pena afflittiva o principale, sia anche quanto

(1) Richer, *De la mort civile*, livre 1er, sect. 4e; Martens, *Droit des gens*, § 104; Carnot, *Sur l'article 7*, ni 7, 8; Mangen, *De l'action publique*, n° 70; Story, *Conflict of Laws*, ni 621-628; Fiore, *Nouveau droit international public*, traduit par Pradier-Fodéré, tom. 1er, pag. 316, 321 e seguenti.

a tutte le altre conseguenze accessorie alle condanne. Quei giudicati non potendo avere altra autorità che quella della sovranità, nel cui nome furono emanati; spirano con essa ai limiti del suo territorio ».

« Profonda è la differenza nelle materie civili: nelle quali il giudizio di delibazione concilia il rispetto dovuto alla sovranità territoriale coi bisogni dei privati interessi fra i cittadini delle diverse nazioni. Nelle materie penali, invece, che riguardano l'interesse pubblico, nulla vi ha di simile, e si rimane colla necessità del principio, che le sentenze pronunziate all'estero non possono ricevere esecuzione e produrre effetti legali nel Regno » (1).

Da tali premesse la Corte arrivò a concludere che le interdizioni e le incapacità per effetto di condanna penale sono locali come l'autorità delle sentenze che le produce.

482. Noi avevamo già manifestata un'opinione contraria (2), nè possiamo accettare in principio una teoria tanto assoluta come è quella stabilita colla sentenza della Corte.

Ammettiamo in massima, che le sentenze penali non possano avere autorità estraterritoriale, e che non possa essere attribuito ad esse l'autorità della cosa giudicata, così come ad una sentenza resa in materia civile, diciamo non pertanto, che non si può fare a meno di considerare sotto certe circostanze la sentenza penale straniera come un fatto giuridico, e di attribuire ad essa l'autorità del fatto giuridico per quello che concerne certi effetti legali, che da esso possono derivare. Non si può al certo dire, che non sia contrario all'indipendenza delle sovranità e al fine primario della pena (3) il fare eseguire

(1) Vedi il testo della sentenza nel *Foro italiano*, 1883, parte 1ª, pagina 1217, e la mia nota ivi.

(2) Vedi le mie opere: *Effetti internazionali delle sentenze penali* (Loescher), 1877, § 88 e seg. — *Droit pénal international*, traduit par CHARLES ANTOINE (Paris, Pedone-Lauriel, 1880), § 141 e seg. — *Sulle disposizioni generali del Codice civile italiano*, vol. II, § 544, pag. 83.

(3) Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno della società, ed è per noi evidente, che ove fu offesa la società colla violazione della legge, ove fu diminuita l'opinione della sicurezza nei cittadini, ivi solamente si abbia diritto di ristabilire colla pena l'ordine, turbato dal delitto.

nel proprio territorio una sentenza penale pronunciata da tribunale estero, ma non ci sembra che sia parimente contrario agli interessi delle sovranità il riconoscere subordinatamente a certe condizioni, la condanna penale estera come un fatto giuridico, da cui derivano conseguenze giuridiche.

La condanna criminale esercita infatti innanzi tutto un'influenza sulla condizione giuridica del condannato, perchè fa nascere rispetto ad esso un impedimento di fatto, durante l'espiazione della pena, da cui deriva una incapacità di fatto ad esercitare alcuni diritti. Essa inoltre colpisce il condannato della degradazione morale, che è la naturale conseguenza dell'essere stato egli convinto reo del reato commesso, la quale degradazione costituisce di per sè stessa una ragione per farlo considerare indegno o incapace ad esercitare o a godere alcuni diritti, ai quali secondo ragione e giustizia l'onestà è indispensabile, come ad esempio, è l'ufficio di tutore. Non si può, a noi sembra, sostenere, che colui che sia stato condannato all'estero come falsario o come ladro non possa essere escluso dagli uffizi della tutela per la sola considerazione dell'essere stato egli condannato all'estero, e del non potersi attribuire alcun valore alla sentenza penale straniera.

Osserviamo d'altra parte, che non si potrebbe ammettere, che una sentenza penale straniera dovesse produrre dovunque le stesse conseguenze legali, che fossero sancite a seconda della legge del luogo ove il giudizio avesse avuto luogo, perchè gli effetti legali della condanna, anche per quello che modificano lo stato o limitano la capacità del condannato, possono essere considerati pure come una pena, indicando con tale parola ogni specie di afflizione inflitta dalla suprema autorità al colpevole a causa del suo delitto.

È vero infatti, che le incapacità legali, che sono la conseguenza della condanna ad una pena non formano oggetto diretto della condanna, nè sono pronunciate dal magistrato, ma nel fatto esse risultano virtualmente e di pieno diritto dalla condanna ad una pena, alla quale la legge abbia annesso l'effetto della privazione totale o parziale di certi diritti civili, di maniera che, essendo questa la conseguenza legale e l'accessorio necessario della condanna ad una pena, forma parte integrante della condanna stessa, la quale implica la pena, che ha un

doppio carattere, quello cioè di pena afflittiva sulla persona del reo convinto, e di pena morale, che colpisce lo stato civile del condannato, modificando più o meno gravemente la sua condizione giuridica. Codesta pena non è veramente pronunciata, perchè deriva di pieno diritto dalla legge, ma siccome è implicita nella condanna e sussiste pei medesimi motivi di essa, così equivale lo stesso come se fosse pronunciata quale pena.

Volgendo la mente a questo si comprende, che se si ammettesse, che una sentenza penale straniera dovesse produrre dovunque le stesse, conseguenze legali sancite dalla *lex fori* a riguardo delle modificazioni dello stato e della capacità del condannato, questo equivarrebbe a dare esecuzione ed autorità estraterritoriale alla sentenza penale.

Notiamo inoltre, che neanche si può ammettere in massima, che ogni sentenza penale, accettando pure l'ordine d'idee da noi seguito, possa essere considerata come un fatto giuridico rispetto a tutti gli Stati, imperocchè, se il prevenuto fosse stato condannato come autore di un reato da un magistrato incompetente secondo i principii del diritto internazionale: se il diritto di lui alla difesa non fosse stato rispettato: se le garanzie costituzionali e procedurali sancite dalla legge del paese, ove seguì il giudizio, non potessero presumersi sufficienti onde potere attribuire alla condanna straniera l'autorità del giudicato, non si potrebbe al certo considerare tale sentenza come un fatto giuridico rispetto agli altri Stati.

Dalle quali cose chiaro apparisce, come la materia sia di per sè stessa piena di grandi difficoltà e che occorre uno studio accurato per poterle eliminare, ma non ci pare al certo corretto il risolverle stabilendo in principio, che la sentenza penale straniera debba essere reputata di nessun valore, ed è per questo, che crediamo, che bisogni piuttosto determinare le condizioni e le circostanze, nelle quali essa può essere considerata come un fatto giuridico, da cui derivano conseguenze giuridiche.

483. Nelle leggi positive non troviamo sanciti principii e regole, che facilitino la soluzione della questione, tranne qualche particolare disposizione. Così il Codice penale dell'Impero germanico dispone all'ar-

ticolo 37 nel seguente modo: « Se un tedesco sia stato punito all'estero per un crimine o delitto che per le leggi dell'Impero germanico ha o può avere per conseguenza la privazione dei diritti civici onorifici, in genere, o di alcuni diritti in ispecie, si potrà aprire un nuovo procedimento penale per decretare contro di lui quella privazione quando risulti colpevole. » Secondo il Codice penale badese, è così disposto al paragrafo 9: « Le sentenze penali straniere producono gli stessi effetti, che le sentenze dei tribunali badesi rispetto alla perdita dei diritti onorifici e dei pubblici uffizi, e al diritto spettante al Governo di destituire o sospendere dal pubblico uffizio il condannato. Questi per altro ha diritto di chiedere, che il competente tribunale del paese decida, se egli pel medesimo reato sarebbe stato condannato secondo le leggi patrie; e se la condanna avrebbe avuto le medesime conseguenze. »

Nella legislazione italiana, la quale riconosce in principio l'autorità della cosa giudicata straniera in materia civile sotto certe condizioni determinate dallo stesso legislatore, non si trova attribuita alcuna autorità alla sentenza penale straniera, e nei progetti di Codice penale (1) fu pure escluso che essa potesse valere a stabilire l'aumento di pena in caso di recidiva, imperocchè, come disse Mancini, nella sua Relazione: « recidiva non esiste, se non a condizione della piena legalità e regolarità del giudizio e della condanna, cui fu il colpevole precedentemente sottoposto; e di tale condizione non havvi giuridica certezza, se non quando giudizio e condanna ebbero luogo nel Regno, e per opera dei magistrati italiani » (2).

484. Senza dubbio in quei paesi nei quali si trova qualche disposizione, come nel Codice penale germanico, è mestieri che i giudici si riferiscano alla legge vigente, onde determinare a norma di essa gli

---

(1) Progetto 1368, art. 72; Id. Vigliani, art. 87; Id. Mancini, art. 84; Id. della Camera dei deputati, art. 77; Id. Zanardelli, Savelli, Pessina, articolo 72. Nel Progetto di Codice penale che attualmente è dinanzi al Parlamento è così disposto all'articolo 78: « Le condanne pronunciate dai tribunali stranieri non hanno effetto per l'applicazione degli articoli precedenti » (Gli articoli precedenti sono quelli relativi alla recidiva).

(2) Relazione Mancini 25 novembre 1876.

effetti legali di una condanna penale straniera a riguardo dei cittadini di detto paese. Laddove invece manchi qualsiasi disposizione di legge in proposito, bisognerà che i giudici risolvano la questione delle conseguenze legali di una condanna penale straniera caso per caso, riferendosi ai generali principii del diritto, ed ecco come, a nostro modo di vedere, la controversia dovrebbe essere risoluta.

485. Cominciamo col supporre, che il condannato sia stato giudicato nel proprio paese e dichiarato colpevole di alcuno dei reati, che secondo la legge importi la interdizione legale e la privazione di certi diritti. Noi riteniamo, che le modificazioni dello stato personale e le incapacità, da cui sarebbe colpito il condannato in conseguenza della condanna, a norma della legge della sua patria, dovrebbero essere ammesse in principio anche nei paesi stranieri. Conseguentemente colui, che fosse incapace di essere consulente legale o amministratore giudiziario, o di essere tutore o curatore, o di esercitare determinate professioni in conseguenza di una condanna penale a norma della legge della sua patria, dovrebbe essere reputato tale anche nei paesi stranieri. Noi non possiamo accordarci in questo con Fœlix, il quale dice: les incapacités résultantes de ces jugements ne peuvent avoir leurs effets en pays étrangers » (1). Seguiamo invece l'opinione del Demangeat, il quale dice: « du moment qu'on admet que le statut personnel régit l'état et la capacité des personnes, il n'y a point à distinguer pour quel motif l'état ou la capacité est affectée: il n'y a point à distinguer non plus s'il est affecté immédiatement en vertu d'une disposition générale de la loi, ou seulement à la suite d'une déclaration judiciaire. Il y a uniquement à voir si le jugement est régulier d'après la loi des juges qui l'ont rendu (2) ».

486. Cotesta regola dovrà per altro essere intesa con quelle giuste limitazioni, che abbiamo esposte a riguardo delle incapacità derivanti dalla legge personale, e siccome questa non potrebbe essere efficace in paese straniero, se dal riconoscere la sua autorità derivasse offesa

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, n° 604.
(2) Demangeat, Nota al n° 604 di Fœlix citato, e *Condition des étrangers*, pag. 375-76.

al diritto pubblico territoriale, così non lo dev'essere in quello, che sancisce certe incapacità come conseguenze della condanna penale, ogni qualvolta che il riconoscere quello che essa dispone, implicasse offesa al diritto pubblico territoriale. Se, ad esempio, a norma della legge personale del condannato dalla condanna penale derivasse la morte civile o l'infamia, non si potrebbe ammettere che tali effetti dovessero seguire in un paese, ove la morte civile o l'infamia non fossero considerati istituti giuridici. Conseguentemente il condannato ad una pena criminale, che producesse la morte civile, non potrebbe essere considerato civilmente morto in Italia e negli altri paesi, i quali non ammettono l'assurdo della morte civile. Laonde non potrebbero essere invalidati tutti gli atti da esso fatti fuori del territorio, ove la condanna fu pronunciata, nè il coniuge di lui potrebbe celebrare un nuovo matrimonio in Italia, ritenendo sciolto il matrimonio primiero in conseguenza della morte civile seguita dalla condanna del coniuge di lui. Dovrebbero valere in questo caso gli stessi principii, pei quali non si ammette l'autorità di una legge estera, che tolga ogni capacità giuridica al monaco a cagione del considerarlo morto civilmente.

Lo stesso dovrebbe dirsi dell'infamia (1): Boullenois opinava diversamente: « À l'égard des statuts, qui prononcent une morte civile pour crime, egli scriveva, ou une note d'infamie, l'état de ces misérables se porte par tout indépendamment de tout domicile; et cela par un concert et un concours général de nations, ces sortes de peines étant une tâche, une plaie incurable dont le condamné est affligé, et qui l'accompagne en tous lieux » (2).

(1) L'infamia è nel delitto e non nella pena, e non può essere con artifizio legale resa obbligatoria dal legislatore. Perciò i Codici dei popoli civili hanno abolito l'infamia, perchè in verità l'eccitamento al disprezzo riesce inutile contro uno che non abbia perduto la stima pubblica, ed è immorale, se fosse imposto per legge contro coloro che non l'avessero perduta. BONNEVILLE, *De l'amélioration de la loi criminelle*, tom. XI, chap. XIV; MITTERMAYER, *Sulle pene infamanti* (Nella raccolta degli scritti germanici del MORI); STORY, *Conflict of Laws*, § 620-24.

(2) BOULLENOIS, *Traité de la pers. et de la réal. des lois*, Observ. 4e, pages 64-65.

Concludiamo quindi che, ritenendo in massima la regola suaccennata, bisogna poi concedere al magistrato territoriale un potere discrezionale quanto al decidere, se dall'ammettere certe conseguenze legali della condanna straniera derivi o no offesa all'ordine pubblico e al diritto pubblico territoriale.

487. Contempliamo ora il caso di un cittadino giudicato e condannato da un tribunale straniero ad una pena, da cui derivino certe incapacità legali, ed esaminiamo, quale debba essere l'efficacia della condanna penale a riguardo delle incapacità, che da essa possono derivare. Il dubbio che può sorgere in tale ipotesi è, se cotesta condanna penale debba essere efficace onde dedurre da essa le incapacità derivanti dalla condanna passata in cosa giudicata. A fine di riferirci ad un sistema di leggi positive esaminiamo la proposta controversia di fronte alla legge italiana.

Lasciamo da parte le condanne per un reato politico, perchè ogni discussione intorno ad esse sarebbe frustranea, a cagione della generale opinione, che esclude in tali reati la perversità d'animo, la immoralità e la degradazione del condannato, e supponiamo che si tratti di condanna per reato comune. È chiaro, che la sentenza penale straniera non potrebbe essere efficace per procedere in Italia all'esecuzione della pena afflittiva propriamente detta contro un italiano condannato, ma dovrebbe essere essa di nessun valore rispetto a noi a riguardo di tutte le conseguenze legali, che possono derivare dalla condanna penale passata in cosa giudicata?

488. Non ci pare che cotesta massima possa essere sostenuta in modo assoluto.

Il Codice civile italiano sancisce tra le cause d'incapacità ad esercitare l'uffizio di tutore, di protutore o di curatore, la condanna ad una pena criminale e la condanna alla pena del carcere per furto, frode, falso, o per reato contro i buoni costumi (1). Ora se la condanna penale straniera ad una pena criminale o a quella del carcere per furto dovesse essere reputata di nessun valore in Italia, anche rispetto alle conseguenze legali, che derivano dallo stato di condannato, ne se-

(1) Art. 269.

guirebbe, che un italiano condannato dai tribunali francesi o da quelli di Berlino ad una pena, che importasse l'esclusione dagli ufficii tutelari, non potrebbe essere da questi escluso, a cagione del dover considerare tale sentenza di nessun valore rispetto a noi, perchè pronunciata da tribunale straniero. Si comprende facilmente come tale conclusione non sia sostenibile.

Il Codice civile medesimo annovera tra gli impedimenti al matrimonio l'essere stato uno in giudizio criminale convinto reo o complice di omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla persona di uno dei coniugi, e dispone che egli non possa unirsi in matrimonio con l'altro coniuge (1). Ora ammesso il principio, che si considera incontrastabile, che le sentenze penali debbano perdere qualsiasi efficacia fuori del territorio in cui furono pronunciate, e che esse debbano ritenersi senza alcun valore anche come fatto giuridico idoneo a stabilire lo stato di condannato, se ne dovrebbe dedurre, che l'impedimento contemplato dall'art. 62 del Codice civile italiano non potesse essere desunto da una sentenza criminale straniera. Conseguentemente l'italiano, che fosse stato convinto reo o complice di omicidio volontario sulla persona di uno dei due coniugi, e che fosse stato giudicato e condannato, supponiamo da un tribunale francese o austriaco (per avere in quel paese commesso il reato), non potrebbe rispetto a noi essere qualificato reo o complice di omicidio volontario a cagione dell'essere stato egli convinto tale in giudizio criminale seguito all'estero, e con sentenza pronunciata da tribunale straniero. Laonde l'impedimento contemplato dall'art. 62, che per evidenti ragioni di ordine morale vieta le nozze contaminate da un reato di sangue, non dovrebbe sussistere nel caso da noi immaginato, perchè ammettendo tale impedimento come effetto legale della sentenza penale straniera, questo equivarrebbe a riconoscere l'autorità di essa, e a dare indirettamente esecuzione alla medesima.

Non vogliamo moltiplicare gli esempi, e tralasciamo gli altri che potremmo pure addurre, come la incapacità di succedere come indegno contemplata nell'articolo 725, che può derivare da una con-

---

(1) Art. 62.

danna penale, quella di ricevere per donazione, e via dicendo, nei quali casi tutti si arriva sempre all'assurdo, se si voglia ammettere come regola assoluta, che la sentenza penale straniera debba essere considerata di nessun valore fuori del territorio in cui fu pronunciata, anche per gli effetti legali che dalla medesima possono derivare nei rapporti di diritto privato.

489. L'opinione, che noi sosteniamo, non trova veramente l'appoggio di altre autorità, anzi è contraddetta dalla generalità. Noi persistiamo non pertanto nel ritenere, che il negare assolutamente qualunque autorità alle sentenze penali straniere non possa essere conciliabile col movimento moderno, che tende a far trionfare il principio della solidarietà dei popoli, che sono allo stesso livello di coltura e di civiltà, ed a stabilire una comunità di diritto fra i medesimi.

A fine di risolvere la controversia secondo i giusti principii, osserviamo innanzi tutto, che le incapacità, le quali possono derivare a norma della legge del luogo, in cui sia stato commesso il delitto, e ove l'autore di esso sia stato giudicato e condannato, non possono valere a modificare lo stato e la capacità giuridica di questi di fronte alla legge della sua patria, e ciò perchè nessun legislatore deve ritenersi competente a regolare lo stato e la capacità giuridica di uno straniero, essendochè tale potestà spetta soltanto a quello dello Stato di cui ciascuno sia cittadino. Riteniamo quindi in principio, che i magistrati della patria del condannato possano ammettere soltanto le modificazioni dello stato e della capacità, che derivino dalla condanna penale a norma della legge del proprio paese, e opiniamo che essi debbano riguardare tali effetti come conseguenza legale del fatto giuridico medesimo, ritenendo la sentenza penale straniera efficace a stabilire lo stato di condannato anche di fronte alla legge della patria di esso, onde dedurre le modificazioni dello stato e della capacità personale, che a norma di questa derivano dalla condanna penale passata in cosa giudicata.

Notiamo però, che, siccome nell'ordine d'idee da noi seguito tutto dovrebbe dipendere dal considerare la sentenza penale straniera come un fatto giuridico, così dovrebbe essere attribuito un potere

discrezionale al magistrato nazionale, il quale dovrebbe decidere col suo prudente arbitrio, se la sentenza penale straniera potesse o no essere reputata un fatto giuridico di per sè stesso idoneo a stabilire lo stato di condannato o di reo convinto in giudizio penale. Questo dovrebbe sempre ammettersi ogni qualvolta il giudizio penale fosse seguito in uno Stato, che si trovasse allo stesso livello di civiltà: che tutelasse efficacemente il diritto della difesa: che avesse un sistema di leggi costituzionali e procedurali sufficienti a far presumere la giustizia della condanna: e che la competenza del tribunale non potesse essere contestata. Supposto che tutti questi requisiti fossero stati constatati, il magistrato dello Stato, di cui il condannato fosse cittadino, dovrebbe decretare che la sentenza penale straniera dovesse essere reputata un fatto giuridico idoneo a dedurre da essa le conseguenze legali, che derivassero dalla condanna penale secondo la legge della patria nei rapporti di diritto privato.

I principii da noi esposti potrebbero valere nell'ipotesi, che la legge dello Stato nulla avesse disposto a riguardo dell'efficacia di una sentenza penale straniera; che se in essa si trovasse invece qualche disposizione speciale, come la si trova nel Codice penale germanico, i tribunali non potrebbero fare altrimenti che di attenersi a quanto dalla legge fosse stato sancito.

Qualora si trattasse di un cittadino di un terzo Stato condannato all'estero, dovrebbero valere pure gli stessi principii per determinare le incapacità, da cui esso dovrebbe ritenersi colpito in conseguenza della condanna penale, e si dovrebbe tener conto anche rispetto al medesimo della legge della patria di lui, onde determinare a norma di essa le modificazioni della capacità, e la privazione di certi diritti. S'intende bene però che cotesta regola dev'essere ognora intesa colle giuste restrizioni esposte innanzi, e quindi la morte civile, che secondo certe leggi può derivare dalla condanna penale, non potrebbe essere efficace in Italia, onde far reputare nullo il testamento fatto da colui, che fosse stato condannato in giudizio penale ad una pena che producesse l'effetto della morte civile.

490. Dobbiamo finalmente notare, che in certi casi le conseguenze legali della condanna penale straniera possono essere regolate a norma

della legge territoriale; qualora questa abbia intorno ad essa provveduto per motivi di ordine pubblico. In qualunque luogo uno straniero fosse stato condannato per omicidio volontario sulla persona di un coniuge non potrebbe validamente unirsi in matrimonio in Italia con l'altro coniuge, fosse pure questi straniero, perchè la conseguenza legale dell'impedimento al matrimonio, riposando in tale caso su evidenti motivi di ordine pubblico, dovrebbe ammettersi anche a riguardo di uno straniero.

491. Per la medesima ragione la indegnità di succedere a riguardo di colui, che fosse stato convinto reo di tentato omicidio della persona, alla quale pretendesse succedere, dovrebbe essere ammesso in Italia anche a riguardo di uno straniero condannato in giudizio penale fatto all'estero, sempre però che la sentenza penale estera potesse assumere rispetto a noi l'autorità del fatto giuridico. Questo noi diciamo, perchè riteniamo la incapacità a succedere nei casi contemplati dall'art. 725 del Codice civile italiano, come fondata su principii di ordine pubblico e della tutela del diritto sociale, i quali sarebbero gravemente lesi, se l'autore del tentato omicidio, benchè straniero, potesse raccogliere la eredità della sua vittima.

Concludiamo quindi, che quando la sentenza penale estera a carico di un cittadino di un terzo Stato possa avere l'autorità del fatto giuridico rispetto a noi, essa dovrà valere per dedurne le conseguenze legali, che derivino secondo la legge della patria del condannato, ma che in certi casi possono pure essere dedotte da essa certe conseguenze legali a norma della legge territoriale, nei casi cioè, nei quali queste siano sancite per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza, o per la tutela del diritto sociale.

Prima di abbandonare l'argomento, del quale ci siamo occupati, reputiamo opportuno di notare, che la sentenza penale estera può valere in certi casi a stabilire di per sè stessa la prova dello stato personale. Così ad esempio dovrà dirsi nell'ipotesi che un italiano o un francese avessero celebrato il matrimonio in un paese straniero, e avessero ivi fatto condannare criminalmente chi avesse distrutta la prova della legale celebrazione del matrimonio. Siccome a norma dell'articolo 122 del Codice civile italiano, che è conforme all'articolo 198

del Codice francese, l'iscrizione della sentenza sul registro dello stato civile può valere a stabilire lo stato dei coniugi, e ad assicurare tutti gli effetti civili alla loro unione, così non dubitiamo, che tale effetto possa derivare da una sentenza penale straniera. Dovrebbe essere richiesto soltanto, che il magistrato nazionale competente riconoscesse l'esistenza legale della sentenza estera (1).

492. Non si potrebbbe sostenere parimente che la sentenza penale estera potesse esercitare influenza nel giudizio civile relativo allo stato personale, nel senso cioè di poter pretendere, che il tribunale della patria, chiamato a decidere la questione di stato nei rapporti di diritto civile, dovesse ritenere i fatti medesimi provati sotto il punto di vista dei rapporti civili, così come furono discussi e provati dinanzi al magistrato straniero sotto il punto di vista dell'azione penale a cagione di essi esercitata. Neanche si potrebbe sostenere, che i tribunali della patria dovessero attingere nella sentenza penale estera gli elementi per decidere in via civile intorno ai medesimi fatti dedotti in giudizio. In questo caso si dovrà con ragione ritenere, che la cosa giudicata dal tribunale penale estero non possa avere nessuna autorità quanto alla prova dei fatti relativi alla questione di stato personale.

Altra cosa è l'autorità della cosa giudicata straniera quanto allo stabilire il fatto giuridico della condanna penale, onde dedurre da tale fatto certe conseguenze legali nei rapporti di diritto privato, altra cosa è l'autorità della cosa giudicata penale straniera quanto allo stabilire i fatti che possono formare oggetto del giudizio civile dinanzi ai tribunali della patria. Sotto il primo punto di vista, supposto che l'azione penale sia stata consumata col giudizio penale dinanzi al magistrato competente, si dovrà riconoscere lo stato di condannato come un fatto giuridico, e il magistrato nazionale, che non può rinnovare il procedimento e il giudizio, dovrà limitarsi soltanto a constatare il fatto giu-

(1) Vedi le mie opere: *Effetti internazionali delle sentenze penali*, Capitolo V, *Dell'influenza che può avere una sentenza penale straniera* (Loescher, 1877), e l'altra *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione e interpretazione delle leggi*, vol. II, § 568 (Marghieri, Napoli, 1887.

ridico e la sua efficacia sotto le condizioni più volte accennate. Sotto il secondo punto di vista invece la sentenza penale estera dovrà essere considerata destituita di qualsiasi autorità, o come una *res inter alios acta* rispetto ai tribunali del nostro paese, perchè il magistrato straniero discusse e apprezzò i fatti sotto il rispetto del diritto penale del suo paese, ma nulla discusse e decise sotto il rispetto del diritto civile della patria del condannato, laonde nulla osta, che i fatti medesimi siano apprezzati dal magistrato della patria diversamente da quello che lo furono nel giudizio penale straniero (1).

(1) Vedi pel maggior sviluppo la citata opera mia *Degli effetti internazionali delle sentenze penali.*

CAPITOLO IX.

Degli atti dello stato civile.

493. Concetto degli atti dello stato civile. — 494. Sotto quale punto di vista dobbiamo occuparcene. — 495. Ai rapporti di diritto, che mediante gli atti di stato civile si vogliono stabilire, vanno applicate altre regole. — 496. Principii circa la sussistenza dell'atto. — 497. I certificati rilasciati dai ministri ecclesiastici possono pure essere considerati come documenti autentici. — 498. Quando l'atto di battesimo possa equivalere all'atto di stato civile. — 499. Controversie che possono nascere circa i termini per fare efficacemente la dichiarazione di nascita o di morte. — 500. Atti formati all'estero dinanzi gli agenti diplomatici a norma della legge personale. — 501. Autorità della legge personale a riguardo degli atti di stato civile. — 502. Regola generale circa gli atti fatti da un cittadino all'estero. — 503. Valore degli atti dello stato civile come mezzo di prova. — 504. Non bisogna confondere la sussistenza dell'atto, e la prova di esso, con l'efficacia dell'atto quanto al decidere una questione di stato. — 505. Efficacia degli atti di notorietà. — 506. Delle indicazioni estranee. — 507. Rettificazione degli atti di stato civile e tribunale competente ad ordinarla. — 508. Considerazioni sulle aggiunzioni di una particola, di un prenome, o di un nome patronimico.

493. Sono denominati atti dello stato civile quelli che secondo la legge di ciascun paese hanno di per sè stessi la forza di constatare certi fatti importanti della vita civile, e di servire direttamente come prova dei medesimi. Tali sono la nascita, il matrimonio, la filiazione, la morte.

Ciascuna legge stabilisce, quale sia l'autorità competente a formare tali atti, e tutte le condizioni richieste per la loro validità, e non incombe a noi di occuparci di questo. Noi dobbiamo esaminare soltanto, quale sia la forza probante di tali atti nell'ipotesi che sieno formati all'estero. Noi tratteremo di essi sotto di un punto di vista generale non potendo svolgere compiutamente tutta la materia, che si riferisce in particolare agli atti di matrimonio, ed a quelli di riconoscimento del figlio naturale, e le questioni che concernono poi i rapporti di diritto che dall'atto di stato civile possono derivare, perchè di ciascuna di queste cose discorreremo in seguito allorquando ci

occuperemo dei singoli argomenti, a cui l'oggetto della controversia può riferirsi.

494. A fine di ben determinare quale sia l'oggetto, del quale intendiamo ora occuparci, conviene tener presente, che l'atto di stato civile è considerato dalla legge dei diversi paesi come prova precostituita dei fatti seguiti alla presenza dell'ufficiale pubblico, che abbia formato l'atto, e quindi esso ha la medesima autorità dell'atto autentico, il quale fa piena fede dei fatti seguiti alla presenza dell'ufficiale pubblico, che lo riceve, salvo che, quello che fu da esso scritto, non sia qualificato un falso. L'atto di stato civile non può essere di per sè stesso prova decisiva dei rapporti di diritto, che possono essere la conseguenza delle dichiarazioni fatte dalle parti, che formarono l'atto alla presenza dell'ufficiale pubblico, che ricevè e scrisse nei pubblici registri le dichiarazioni stesse. A riguardo di tali dichiarazioni l'atto debitamente formato dev'essere considerato pure come prova precostituita del fatto giuridico, vale a dire dell'essere state le dichiarazioni fatte; dell'essere state ricevute così come esse sieno state fatte; e dell'essere state iscritte fedelmente nei registri. Fa d'uopo per altro notare, che l'atto nulla stabilisce di per sè stesso, nè a riguardo della veridicità delle dichiarazioni, nè a riguardo del valore di esse; laonde bisogna ritenere, che tutto quello che concerne la formazione dell'atto di stato civile, e le norme per la regolare formazione di esso, onde attribuirgli l'efficacia giuridica, che esso può avere come prova dei fatti seguiti alla presenza dell'ufficiale pubblico, non può riguardare quello che concerne i rapporti di diritto, che dalle dichiarazioni possono derivare, e le norme per decidere le controversie ad essi relative.

495. A riguardo di tali rapporti bisognerà quindi tener presente le regole da noi stabilite per risolvere le controversie di stato personale, e non già quelle che in questo capitolo esponiamo, e che si riferiscono alla formazione dell'atto ed alla sua efficacia giuridica come prova dei fatti materiali da esso constatati. Senza dubbio le dichiarazioni stesse delle parti devono essere ritenute come vere fino a prova contraria, ma non può essere sufficiente di constatare che le dichiarazioni sieno state fatte veramente, onde potere trovare in esse una prova conclusiva dei rapporti di diritto mediante esse stabiliti.

Così a modo d'esempio la filiazione legittima può essere provata con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile. Bisogna quindi innanzi tutto stabilire che un atto di nascita sussista. Ora, quando esso sia stato formato all'estero, occorre da prima determinare quali requisiti esso debba avere onde potergli attribuire la virtù e la forza di far piena fede, ed è a questo, che si riferiscono le regole contenute in questo capitolo. Se invece la dichiarazione di legittimità fatta dal genitore fosse impugnata da colui, che avesse interesse ad escludere la presunzione del concepimento in costanza di matrimonio, adducendo di non essere il figlio nato nei termini legali per potere ammettere cotesta presunzione, per risolvere tale controversia bisognerà tener presenti le regole, che esporremo in seguito a riguardo della prova della filiazione legittima, e delle azioni per impugnare la legittimità.

496. Riesce chiaro quindi, che altra cosa è la sussistenza dell'atto di stato civile e la sua forza probante come tale, altra cosa è il contenuto dell'atto di stato civile e le controversie relative ai rapporti di diritto, che possono derivare dal contenuto stesso. Rispetto a questo bisognerà tener presente le regole, che andremo esponendo in seguito.

Per quello che concerne la sussistenza dell'atto di stato civile deve valere in principio la regola *locus regit actum*, la quale si deve intendere nel senso, che gli atti dello stato civile seguiti in paese estero si devono ritenere sussistenti come tali, allora quando essi sieno stati formati osservando le forme stabilite dalle leggi del luogo in cui sieno stati fatti.

Conseguentemente tutto quello che riguarda l'ufficiale pubblico competente a ricevere l'atto; la presenza dei testimoni, e la condizione dei medesimi; l'enunciazioni che esso deve contenere; le formalità per la redazione e sottoscrizione del medesimo; e tutto quello che concerne le formalità richieste dalla legge per attribuire all'atto la forza dell'autenticità, tutto deve dipendere dalla legge del paese estero, ove l'atto sia stato formato. Lo stesso dovrà dirsi degli estratti degli atti di stato civile e dell'autorità competente a rilasciarli.

497. È naturale che, qualora a norma della legge straniera la formazione e conservazione degli atti dello stato civile fosse affidata ai preti,

i certificati debitamente rilasciati dai medesimi dovrebbero essere riguardati quali documenti di prova autentica (1). Al tribunale incomberebbe solamente di esaminare la regolarità dell'atto prodotto, e di decidere, se le regole di competenza e di forma, alle quali l'atto sia subordinato dalla legge estera per la sua autenticità, sieno o non sieno state osservate. Qualora poi l'autenticità di un atto fosse contestato, spetterebbe sempre all'interessato, che lo avesse prodotto, di dare la prova della regolarità del medesimo a norma della legge estera, sotto l'impero della quale esso fosse stato formato, e stabilire di avere osservate tutte le disposizioni di codesta legge per la validità dell'atto. Così a modo d'esempio, se l'atto fosse stato ricevuto all'estero da un prete addetto alla parrocchia invece che dal curato, o se fosse stato ricevuto da un capo di comunità religiosa o da un vescovo, spetterebbe all'interessato di dare la prova della competenza e capacità della persona, da cui l'atto fosse stato ricevuto.

498. Può anche accadere che, secondo la legge del paese straniero, ove la nascita sia avvenuta, l'atto di battesimo possa tener luogo dell'atto di nascita, e noi non dubitiamo che, a riguardo del valore di tale atto, debba essere pure applicata la legge di quel paese, e quindi, che la dichiarazione verbale fatta al ministro ecclesiastico, che abbia conferito il battesimo, e registrata nell'atto da lui sottoscritto,

---

(1) Così avviene in Serbia, ove gli atti dello stato civile, che constatano le nascite, i matrimoni o la morte sono scritti nei registri affidati ai preti addetti a ciascuna parrocchia, e gli estratti dei registri dello stato civile così tenuti e debitamente rilasciati sono considerati come atti autentici.

A norma dell'art. 15 della Convenzione consolare tra la Serbia e l'Italia conclusa il 24 aprile-6 maggio 1881, fu stabilito, che i Governi rispettivi devono comunicarsi in via diplomatica e senza spesa gli atti di nascita, di matrimonio e di morte che concernono i rispettivi cittadini, e nello stesso modo fu convenuto con la Convenzione consolare tra la Serbia e l'Austria-Ungheria. Parecchie Convenzioni sono state poi concluse tra i Governi per lo scambio degli atti dello stato civile in via diplomatica. Tra il Governo italiano e quello francese una Convenzione a tale riguardo fu sottoscritta il 13 gennaio 1873. Vedi De Card, *De l'échange des actes de l'état civil entre nations par la voie diplomatique.*

debba equivalere ad atto di stato civile, quanto allo stabilire la nascita, il giorno, il nome e le altre indicazioni (1).

Può però sorgere un gravissimo dubbio, nell'ipotesi, che in tale atto di battesimo fosse contenuta altresì la dichiarazione di paternità naturale fatta verbalmente al curato, e riportata nell'atto da lui sottoscritto, ma non sottoscritto dal padre naturale, o da colui che per mandato speciale del medesimo avesse fatto verbalmente la dichiarazione di riconoscimento di filiazione naturale. L'atto di battesimo, che secondo la legge del paese, sia efficace a constatare la nascita, il giorno, il nome, ecc. del battezzato, ed equivalente come tale all'atto di stato civile, potrebbe avere il medesimo valore quanto al constatare il riconoscimento fatto dal padre o dalla madre naturale, se fosse sottoscritto soltanto dal curato? La regola *locus regit actum* potrebbe essere utilmente invocata onde attribuire all'atto, così redatto, efficacia, anche a riguardo del riconoscimento di figlio naturale? Noi non possiamo ammetterlo, ma ne tratteremo a suo luogo (2). Qui notiamo soltanto, che la controversia, alla quale si accenna, non riguarda veramente la sussistenza dell'atto, ma i rapporti di diritto che possono derivare dal contenuto di esso, ed abbiamo già notato che le controversie ad essi relative debbono essere risolute con altri principii.

499. Non solo la forma, con cui dev'essere redatto l'atto di nascita dev'essere retta dalla legge del luogo ove esso sia fatto, ma i termini

---

(1) La Cassazione francese sanzionò la medesima teoria colla sua sentenza del 22 maggio 1850 con la quale ritenne che gli estratti del registro dei battesimi rilasciati e sottoscritti dal pastore apostolico di Batavia e che a seconda della legislazione nelle colonie neerlandesi facevano fedi in giudizio dei fatti che essi erano destinati a constatare senza che fosse neanche necessario che essi contenessero la firma dei genitori e testimoni denominati nell'atto, possono essere invocati in Francia a fine di stabilire legalmente la nascita di un figlio e la sua filiazione legittima sopra tutto poi quando la prova risultante da tali estratti si trovi corroborata da altri certificati e da una specie di possesso di stato non contestato (*Journal du Palais*, 1851, t. 2, pag. 142).

(2) Confr. Cour de Chambéry 23 février 1886, Lathout c. Col. (*Journal du droit intern. privé*, 1885, 665).

altresì, dentro i quali dovrà essere fatta la dichiarazione di nascita all'ufficiale dello stato civile, affinchè essa sia di per sè stessa efficace a stabilire la data della nascita di un fanciullo, dovranno essere determinati a seconda della medesima legge.

Conseguentemente, qualora occorresse di stabilire esattamente il giorno e l'ora della nascita di un figlio, a fine di regolare, ad esempio, la successione, dovranno ritenersi come stabiliti e provati il giorno e l'ora della nascita risultanti dalla dichiarazione fatta dentro il termine stabilito dalla legge, in virtù del generale principio, che gli atti pubblici fanno fede del loro contenuto, allorchè sieno stati redatti osservando le forme prescritte dalla legge del paese ove sieno stati fatti (1). Così dovrà essere a questo efficace la dichiarazione di nascita fatta in Italia nei cinque giorni successivi al parto, a norma di quanto dispone l'art. 371 del nostro Codice civile, mentre che non lo sarebbe parimente, se così fosse fatto in Francia, ove la legge dispone: che la dichiarazione di nascita dev'essere fatta nei 3 giorni successivi al parto, art. 55; e sarebbe valida, se fosse fatta nei 40 giorni successivi in Inghilterra, perchè così dispone la legge di quel paese.

Ma che cosa dovrebbe dirsi nell'ipotesi, che a norma della legge straniera fosse stabilita soltanto la forma per fare una dichiarazione di nascita, senza che fosse poi stabilito il termine a contare dal giorno del parto per poter essere fatta efficacemente? Noi non possiamo ammettere, che debba bastare in tale ipotesi invocare la regola *locus regit actum*, onde dedurre da essa che in qualunque epoca sia fatta la dichiarazione di nascita, debba essere efficace a stabilire la data della nascita contenuta nella dichiarazione, se questa fosse poi contestata.

Secondo i generali principii del diritto è indispensabile, che i fatti risultanti dalla dichiarazione di nascita siano realmente constatati dall'ufficiale che redige l'atto, o che sieno suscettibili di essere constatati dalla persona, da cui la dichiarazione sia stata fatta; conseguentemente il termine potrà essere più breve o più lungo, ma è sempre necessario un limite approssimativo qualsiasi, onde poter

---

(1) Conf. Trib. de la Seine, 14 déc. 1849; Paris, 6 mai 1850 e Cass. 8 déc. 1851; *S.* 52, 1, 161 (*Journ. du droit intern. privé*, 1874, p. 305).

ammettere, che le dichiarazioni siano esatte, e che possano meritare fede assoluta. Quindi, se la dichiarazione fosse stata fatta in epoca remota dalla nascita in un paese ove la legge non fissasse alcun termine, come è, ad esempio, secondo la legislazione di Buenos-Ayres, il magistrato, innanzi a cui la data della nascita fosse contestata, potrebbe senza attaccare di falso l'atto di nascita ordinare una inchiesta o le istruzioni opportune onde accertare probabilmente la veridicità della dichiarazione (1).

Gli stessi principii valgono per l'atto di morte (2).

500. Dobbiamo ora notare, che gli atti dello stato civile sono ordinati principalmente a stabilire la condizione giuridica della persona ed i rapporti di famiglia, e a constatare certe circostanze essenziali, dalle quali derivano i diritti di stato personale, e la capacità. Cotesti diritti, che dipendono direttamente dalla nascita, dalla filiazione, dal matrimonio e dalla morte, sono strettamente connessi collo stato personale medesimo, ed è per questo che deve ammettersi, che la legge, da cui dipende lo stato personale di ciascuno individuo, possa regolare la formazione degli atti dello stato civile fatti all'estero dai proprii cittadini. Quasi tutte le leggi dispongono, che cotesti atti possano essere formati dagli agenti diplomatici e consolari dello Stato residenti all'estero, allorquando essi sieno fatti nell'interesse di un cittadino (3), e provvedono altresì alla loro formazione durante un viaggio di mare, o durante l'occupazione militare di un territorio straniero.

Ora non si deve dubitare, che gli atti dello stato civile, formati all'estero in conformità della legge personale di ciascuno, non debbano essere riconosciuti efficaci dovunque, perchè siccome si ammette dovunque l'autorità della legge personale in quello, che essa regola lo stato personale di ciascuno, così si deve ammettere l'autorità della

---

(1) Vedi in questo senso la sentenza della Corte di Pau, 19 février 1873, Dumont c. héritiers Frichon (*Journal du droit intern. privé*, p. 305).

(2) Confr. Cour de Bordeaux, 26 mars 1878. Dassaut c. Charbot (*Journal du droit international privé*, 1878, p. 598).

(3) Code civ. fran., art. 148; Cod. civ. ital., art. 368; Legge 28 luglio 1849 per l'Inghilterra; Legge 6 febbraio 1875, art. 85, per l'Impero germanico

medesima dovunque per quello che essa regola l'accertamento dei fatti, da cui dipende lo stato della persona e i diritti che sono conseguenza di esso.

501. Non si può sostenere, che la regola *locus regit actum* debba essere applicata agli atti dello stato civile nella stessa guisa che agli altri atti della vita civile. Rispetto a questi il cittadino, che faccia all'estero un atto senza osservare la regola di diritto internazionale *locus regit actum*, ma osservando invece le forme prescritte dalla legge della patria di lui, non può pretendere che l'atto così da lui fatto debba avere efficacia legale dovunque, nella stessa guisa che esso l'ha di fronte alla legge del proprio paese (1), mentre che per gli atti dello stato civile deve ammettersi la competenza della legge personale: laonde quando codesto atto sia stato formato da un cittadino all'estero in conformità della legge personale di lui, dovrà essere riguardato efficace dovunque, perchè dovrà ammettersi, rispetto a tale atto, l'autorità predominante della legge personale.

Applicando questa regola ne deduciamo, che dovrà essere efficace dovunque, l'atto di nascita di un figlio avvenuta durante un viaggio di mare di una nave italiana, e formato a norma di quanto dispongono gli art. 380 e seguenti del Codice civile italiano, e sarebbe lo stesso, se la nascita fosse avvenuta a bordo di nave francese, e l'atto fosse fatto a norma degli art. 59 e seguenti del Codice civile francese.

Così dovrà essere considerato efficace dovunque l'atto dello stato civile di un italiano ricevuto all'estero da un agente diplomatico o consolare italiano osservando le forme prescritte dal Codice civile italiano, anche quando tale atto sia prodotto dinanzi ai tribunali del paese straniero, ove fu ricevuto dall'agente diplomatico italiano, e supposto pure che sieno diverse le forme stabilite dalla legge di tale paese.

Non si potrebbe in tale ipotesi sostenere, che, non essendo stata osservata la regola *locus regit actum*, l'atto non potesse essere efficace dinanzi alla legge di quel paese, la quale non fosse stata osservata a riguardo delle forme da essa prescritte. Si deve invece ammet-

---

(1) Vedi innanzi § 237 e seguenti.

tere in questo l'autorità predominante dello statuto personale, e come si concede, che questo debba avere autorità in quello che concerne lo stato della persona, così deve essere pure in quello che regola gli atti ordinati a constatare lo stato civile di essa.

502. Dalle quali cose ne consegue, che i cittadini di uno Stato, la legge del quale attribuisca ai propri agenti diplomatici o consolari di ricevere all'estero gli atti dello stato civile (1), possono seguire due vie, cioè, o di far redigere l'atto dall'uffiziale pubblico straniero secondo le forme della legge straniera, o farlo redigere dagli agenti diplomatici o consolari del loro paese osservando le forme prescritte dalla legge di questo. Sì nell'uno che nell'altro caso deve ritenersi però come stabilito essere obbligatorio l'osservare a riguardo della forma l'una o l'altra legge. Conseguentemente, se l'atto fosse stato ricevuto dall'uffiziale del paese straniero, e la legge di questo richiedesse, ad esempio, la presenza di tre testimoni, o imponesse che questi dovessero essere maschi e domiciliati nel Regno (2), non potrebbe essere valido l'atto fatto alla presenza di due testimoni, o alla presenza di testimoni non domiciliati, anche quando a norma della legge nazionale l'atto sarebbe valido così come fosse stato redatto. La parte in una parola può scegliere l'autorità competente a redigere l'atto, ma non può essere esonerata dall'osservare rigorosamente la legge che ne deve regolare la forma.

503. Si deve ammettere in principio, che gli atti dello stato civile al pari degli atti pubblici facciano fede del loro contenuto ogni qualvolta

---

(1) A norma della legge consolare italiana del 28 gennaio 1866 è così disposto coll'art. 29: « I consoli esercitano riguardo ai nazionali le funzioni di uffiziale dello stato civile uniformandosi alla legge del Regno, salvo l'eccezioni e le disposizioni stabilite dalla presente legge. Ricevono in tale qualità, quando ne siano richiesti, gli atti di nascita, di matrimonio, di morte dei cittadini italiani, e le dichiarazioni relative alla cittadinanza, osservando le forme prescritte. Col decreto poi del 7 giugno 1866 fu disposto coll'articolo 191 che i vice-consoli e agenti consolari nell'esercizio delle funzioni dello stato civile devono uniformarsi alle disposizioni relative del Codice civile.

(2) A norma dell'art. 20 del Codice civile neerlandese è disposto che i testimoni negli atti dello stato civile devono essere maschi maggiori e domiciliati nel Regno.

sieno perfetti avuto riguardo alla forma, con la quale furono redatti, e che la loro virtù e forza come documenti di prova dev'essere determinata a seconda della legge straniera, quando sieno stati ricevuti da un uffiziale pubblico straniero, ma non si può ammettere parimente, che il valore della prova e la sua efficacia in una controversia di stato civile debba essere retta dalla medesima legge straniera. Questa deve applicarsi sempre chè la controversia cada sulla sussistenza dell'atto, sulla sua autenticità, sulla sua forza probante: vale a dire se esso abbia o no il carattere dell'atto pubblico, ma l'efficacia della prova risultante da tale documento dev'essere retta dalla legge, secondo cui dovrà essere decisa la questione di stato civile, per la quale l'atto di stato civile fatto all'estero sia prodotto. Conseguentemente, qualora fosse sollevata la questione se la prova risultante dall'atto autentico potesse essere distrutta con la semplice prova contraria data con documenti, scritture o testimoni, tale controversia dovrebbe essere decisa in conformità della legge, che deve regolare la questione di stato civile, e non già di quella del paese, in cui fu fatto l'atto di stato civile prodotto in giudizio per decidere la questione di stato.

504. Convien tenere ben distinta l'una cosa dall'altra, onde non cadere in errore. Altra cosa è la sussistenza dell'atto, altra cosa è il valore e l'efficacia di un atto provato sussistente nella decisione della lite. Sotto il primo punto di vista soltanto dovrà applicarsi la legge straniera. Così se a norma di essa fosse disposto, che gli atti dello stato civile non dovessero essere sottoscritti dai dichiaranti, ma dal solo uffiziale, che riceve le dichiarazioni dei medesimi, l'atto così formato dovrebbe essere valido in Italia, supposto che il dichiarante fosse un italiano, non ostante che a norma dell'articolo 353 del Codice civile sia disposto, che gli atti dello stato civile devono essere sottoscritti dai dichiaranti, dai testimoni e dall'uffiziale, e che se i dichiaranti non possono sottoscrivere l'atto, debba essere fatta menzione della causa dell'impedimento. Cotesta controversia, siccome concerne la sussistenza dell'atto, dovrà essere decisa a norma della legge del paese estero, e non già della legge nostra. Ma supposto che l'atto fatto all'estero abbia a norma di quella legge il carattere di atto pubblico, e che l'autenticità di esso sia provata e stabilita, non potrà

la parte invocare la legge straniera, onde essere ammessa a provare con documenti, scritture e testimoni contro l'atto autentico di stato civile, perchè disponendo la legge nostra che gli atti dello stato civile debitamente formati, quando abbiano il carattere dell'autenticità fanno prova fino a querela di falso di ciò, che l'uffiziale pubblico attesta avvenuto alla sua presenza, tale disposizione deve avere autorità a riguardo dei tribunali nostri, che sieno chiamati a decidere una questione di stato, ed a statuire circa il valore risultante da un documento autentico (1).

Nella stessa guisa dovrà decidersi la controversia, se il possesso di stato in opposizione con l'atto di nascita possa invalidare l'efficacia dell'atto, e quando debba essere ammessa la prova in contrario per testimoni e via dicendo.

505. Gli stessi principii devono valere per decidere circa l'efficacia dei certificati di notorietà per provare la nascita, la morte, il matrimonio.

Bisogna ritenere in generale che, quando tali certificati siano stati fatti in paese straniero, possono, a modo di esempio, valere come prova di fronte alla legge italiana nel caso soltanto, che ivi non sieno tenuti i registri dello stato civile, o quando questi siano stati distrutti o smarriti in tutto o in parte. Conseguentemente non può ammettersi, che sia nel potere discrezionale del tribunale di dar luogo alla prova per testimoni o documenti di un atto di stato civile compiuto all'estero, quando l'interessato non possa stabilire con l'atto dello stato civile il fatto giuridico compiuto in un paese straniero, ove esistano i registri dello stato civile, o quando non riesca al medesimo ottenere l'atto, che in tali registri avrebbe dovuto essere iscritto.

Deve valere anche per le nascite, le morti, e via dicendo, avvenute in paese straniero la regola, che tali fatti non possono essere efficacemente stabiliti altrimenti, che mediante gli atti dello stato civile: laonde la semplice difficoltà di procurarsi tale atto addotta dall'interessato non può essere una ragione di per sè stessa sufficiente ad attri-

---

(1) Vedi contra Daguit, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, p. 62.

buire al magistrato italiano il potere discrezionale di ammettere la prova per documento, per iscrittura o testimoni, essendochè tali prove non sieno ammissibili a norma della legge nostra, se non quando i registri sieno stati distrutti o smarriti, o sieno stati irregolarmente tenuti. Il potere discrezionale del magistrato può valere nei casi, nei quali le prove estrinseche siano ammissibili, potendo egli in tali casi decidere col suo prudente arbitrio, se si debba dar luogo o se si debba invece escludere la prova, e quale valore possa essere attribuito alla prova data (1).

506. A riguardo delle indicazioni contenute nell'atto dello stato civile, ed estranee al medesimo, dovrà pure essere applicata la legge personale, onde decidere del valore delle medesime. Così deve ad esempio essere detto, se nell'atto di stato fosse indicata la cittadinanza del padre. Non potendo i dichiaranti statuire a riguardo della cittadinanza, la dichiarazione da essi fatta dev'essere reputata di nessun valore. Notiamo soltanto, che nell'ipotesi che non si potesse determinare la cittadinanza del padre, la circostanza di avere egli omesso d'indicare nell'atto di nascita del figlio la sua qualità di straniero può essere un argomento valutabile per ritenerlo cittadino del paese, nel quale l'atto di nascita del figlio fu da esso formato, quando il prenome ed altre circostanze tendano ad avvalorare tale presunzione.

507. Gli atti di stato civile possono essere rettificati, quando essi contengano errori od omissioni, o enunciazioni che non dovevano contenere, o irregolarità di forme. Occorre anche a tale riguardo riferirsi alla legge del paese, ove l'atto fu formato, ed osservare la procedura da essa prescritta per la correzione e rettificazione, e l'autorità competente ad ordinarla. Notiamo però, che qualora l'atto di stato civile di un cittadino sia stato fatto in paese straniero, e la domanda di rettifica dell'omissione sia fatta dinanzi al tribunale della patria del medesimo, non può questi ritenersi competente ad ordinare la rettifica dell'atto formato in paese straniero.

Potrebbe anche accadere, che dinanzi al tribunale della patria

(1) Confr. Cass. fr., 9 juillet 1873, Letombe c. héritiers Mazuc (*Journal du droit intern. privé*, 1875, p. 16).

fosse fatta l'istanza di aggiungere al nome una particella omessa nell'atto di stato civile fatto all'estero (onde constatare così meglio l'identità della persona nominata), o di aggiungere al nome un titolo nobiliare od onorifico omesso nella compilazione dell'atto. In tale ipotesi il tribunale competente a decidere circa il diritto di aggiungere la particola o il prenome, considerandolo come un diritto civile o patrimoniale, potrebbe soltanto autorizzare la persona a far uso della particola, del titolo e via dicendo, ma non potrebbe ritenersi competente ad ordinare la rettifica dell'atto di stato civile redatto all'estero.

Qualora poi la domanda di rettifica dell'atto di stato civile fosse fatta all'autorità competente del paese, ove l'atto fosse stato redatto, questa potrebbe giudicare circa la domanda di correzione o di rettificazione, semprechè codesta domanda fosse diretta a far correggere le espressioni inesatte, o a completare l'atto, aggiungendo le espressioni che fossero state erroneamente omesse, ma non dovrebbe accogliere la domanda, se la richiesta correzione involgesse una questione di stato personale, per la quale, e a riguardo della competenza e a riguardo della legge applicabile, bisognerà tener presenti i principii e le regole che concernono le questioni di stato personale.

Conseguentemente, qualora prevalesse la giusta regola di attribuire in principio la competenza per decidere codeste questioni ai tribunali della patria di ciascuno, il tribunale territoriale non dovrebbe ordinare la rettificazione dell'atto di stato civile, se non quando il tribunale straniero competente avesse decisa la questione di stato personale sollevata colla domanda di rettificazione dell'atto di stato civile.

508. Tra le indicazioni contenute in un atto di stato civile vi può essere anche quella di un titolo di nobiltà appartenente alla persona, e può bene accadere che la domanda di rettifica dell'atto di stato civile sia ordinata ad ottenere la rettifica di un atto, nel quale il titolo nobiliare sia stato attribuito a persona, a cui non poteva spettare. Supposto che il titolo sia stato conferito da sovranità straniera, o dal sovrano, che prima imperava sul territorio di poi annesso allo Stato, il tribunale potrebbe sempre statuire intorno a ciò, se il titolo nobiliare fosse reclamato in via giudiziaria, dovendo esso essere riguardato

come un diritto patrimoniale, anche quando fosse stato concesso da sovranità straniera o da un sovrano spodestato.

In tali circostanze, supposto che a norma della legge dello Stato sia concesso ai cittadini di portare i titoli nobiliari conferiti da una sovranità straniera, sotto certe condizioni, come ad es., di farli riconoscere, e inscrivere nei registri, e simili, il tribunale dovrà decidere a norma della legge territoriale, se le disposizioni da questa sancite a riguardo del riconoscimento e della registrazione dei titoli conferiti da sovranità straniera sieno state osservate, e a norma della legge straniera secondo la quale il titolo fu conferito a riguardo della persona, a cui spetti il titolo nobiliare, e così statuire circa la domanda di rettificazione dell'atto di stato civile (1).

Il diritto di fare uso di un titolo nobiliare, di un prenome, di un nome patronimico dev'essere sempre riguardato come un diritto civile della persona, e quindi come parte del patrimonio di essa.

Anche quando il titolo nobiliare o il nome patronimico fosse stato originariamente attribuito ad uno come possessore di un feudo, l'essere stati aboliti i rapporti feudali non potrebbe essere una buona ragione per privarlo del diritto di farne uso, e per escludere la domanda da esso fatta d'inserire il nome patronimico nell'atto di stato civile, o di fare rettificare quello già inesattamente formato.

Supposto che la legge in vigore non abbia espressamente aboliti certi nomi patronimici o vietato di menzionarli negli atti pubblici, anche quando essi richiamassero il nome di un feudo, potrebbero essere considerati come un titolo onorifico, e il diritto di farne uso dovrebbe essere reputato un diritto acquisito e patrimoniale e come tale trasmissibile per successione (2).

---

(1) Confr. Nîmes 11 mai 1875, De Causan c. De Causan (*Journal du droit intern. privé*, 1876, pag. 364).

(2) Vedi in questo senso Trib. di Bruges, 19 décembre 1883, *Pasicrisie belge*, 1883, III, 13, e Aubry et Rau, § 63, Nota 15.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

INDICE

Prefazione alla Terza Edizione . . . . *Pag.* 1

Prefazione alla Seconda Edizione . . . . . . » 4

PRELIMINARI

CAPITOLO I: Nozione ed oggetto del Diritto internazionale privato . . . . » 9

1. Le diversità delle leggi è un fatto necessario. — 2. Triplice modo secondo il quale l'individuo si può considerare soggetto alla legge. — 3. Definizione della scienza. — 4. Si giustifica il titolo dato alla trattazione. — 5. Fondamento della scienza e suo sviluppo. — 6. Utilità dei trattati.

CAPITOLO II: Compendiosa esposizione storica della condizione degli stranieri . . . . » 16

7. Grande diversità tra la condizione degli stranieri nei tempi antichi e quella dei medesimi nei tempi moderni. — 8. Rigori della legislazione romana rispetto agli stranieri. — 9. Temperamenti apportati alle rigorose massime di diritto. — 10. Condizione degli stranieri nel medio-evo. — 11. Diritto di albinaggio. — 12. Legislazione francese. — 13. Legislazione inglese. — 14. La Chiesa e la rivoluzione francese. — 15. Codice di Napoleone (art. 11, 776, 912). — 16. Condizione degli stranieri in Inghilterra nei tempi moderni. — 17. Disposizioni relative della legislazione italiana. — 18. Condizione degli stranieri presso gli altri Stati.

CAPITOLO III: Considerazioni storiche sul rapporto di sudditanza . . . . » 38

19. Origine del rapporto di sudditanza nel medio-evo. — 20. Del concetto della sudditanza dopo Carlomagno. — 21. Del fondamento della sudditanza in Inghilterra. — 22. Negli Stati moderni la sudditanza è stata diversamente considerata a seconda della prevalenza del diritto feudale o del diritto romano.

CAPITOLO IV: Esame critico dei sistemi degli scrittori *Pag.* 43

23. Rigorosi principii della territorialità delle leggi. — 24. Temperamenti apportati per comune utilità. — 25. Teoria degli statuti personali e di quelli reali. — 26. Difficoltà sorte tra i seguaci della stessa dottrina. — 27. Esame critico del sistema. — 28. Sistema della preferenza della legge presuntivamente accettata dalle parti e sua critica. — 29. Insufficienza delle *sententiae receptae*. — 30. Dottrina del Fœlix. — 31. Sistema dello Schaeffner. — 32. Sistema del Savigny.

CAPITOLO V: Principii fondamentali secondo il nostro sistema » 59

33. Gli Stati sono soggetti alla suprema legge del diritto. — 34. Limiti dell'autonomia dello Stato. — 35. Competenza di ciascuna sovranità come potere legislativo. — 36. Principio generale circa l'autorità territoriale e estraterritoriale di ciascuna legge. — 37. Difficoltà che inevitabilmente nascono nell'applicazione di esso. — 38. Come manchino i criteri positivi per determinare le leggi di ordine pubblico. — 39. Come l'applicazione di una legge straniera possa cagionare una vera lesione del diritto territoriale. — 40. Necessità dei trattati per stabilire le regole circa l'autorità territoriale ed estraterritoriale delle leggi.

PARTE GENERALE

CAPITOLO I: Della legge che deve regolare lo stato e la capacità giuridica delle persone . . . . » 70

41. Concetto generale dello stato e della capacità giuridica. — 42. Necessità di far regolare lo stato della persona da unica legge. — 43. Disparere tra i giureconsulti medio-evali circa il concetto della legge del domicilio. — 44. Opinione di Froland. — 45. Opinione di Ubero. — 46. Opinione di Boullenois. — 47. Opinione di Henry. — 48. Scrittori che sostennero la preferenza della legge del domicilio attuale. — 49. Osservazione critica sulla teoria dei giuristi moderni. — 50. Come sono discordi le leggi positive dei diversi Stati. — 51. La legislazione francese. — 52. Diritto vigente in Austria ed in altri Stati. — 53. Come sia più ragionevole che ciascuno rimanga soggetto dovunque alla legge dello Stato di cui è cittadino. — 54. Si conferma la teoria con l'autorità del diritto romano. — 55. Considerazioni del Savigny. — 56. Inconvenienti che derivano dal sistema che dà la preferenza alla legge del domicilio. — 57. Come gl'inconvenienti potrebbero evitarsi nel sistema da noi preferito. — 58. In quali casi il domicilio può avere importanza. — 59. Della persona che non abbia nè cittadinanza nè domicilio. — 60. Come i principii esposti debbano applicarsi alla capacità giuridica ed ai diritti che da essa derivano. — 61. Si confuta l'opinione contraria. — 62. Si conferma la teoria con l'autorità degli scrittori. — 63. Eccezione alle regole stabilita.

CAPITOLO II: Della legge che deve regolare i rapporti di famiglia ed i diritti che ne derivano . . . . . . *Pag.* 91

64. Idea generale dei rapporti di famiglia. — 65. Il matrimonio che è la base dello stato di famiglia non può essere retto cogli stessi principii che i rapporti convenzionali. — 66. Il matrimonio è stato diversamente considerato di fronte al diritto positivo. — 67. Disparere degli scrittori nel determinare la legge che deve regolare i rapporti di famiglia. — 68. Il matrimonio non può essere equiparato a qualunque altro contratto. — 69. Opinione di coloro che vorrebbero far tutto dipendere dalla legge del domicilio matrimoniale. — 70. Critica della loro teoria. — 71. Opinione nostra.

CAPITOLO III: Delle cose, e della legge che deve regolare i diritti reali . . . . » 100

72. Dello statuto reale e della sua autorità secondo i giuristi del medio evo. — 73. Disparere fra i medesimi nel distinguere le leggi appartenenti allo statuto reale. — 74. Criterio proposto da Bartolo. — 75. Come gli uni abbiamo cercato di allargare, gli altri di restringere l'estensione dello statuto reale. — 76. Froland, Burgundio e i realisti esagerati. — 77. Come la questione sia stata posta dagli scrittori moderni. — 78. Fœlix e gli altri scrittori francesi. — 79. Teoria di Demolombe. — 80. Zaccaria. — 81. Laurent e gli scrittori francesi che si sono emancipati dalla dottrina tradizionale. — 82. I giuristi anglo-americani. — 83. La scuola italiana. — 84. Della legge applicabile ai mobili. — 85. Teoria di Fœlix. — 86. I giuristi anglo-americani. — 87. Dottrina di Savigny. — 88. Disposizioni delle leggi positive circa la legge degl'immobili. — 89. Ragioni adotte da Portalis a sostegno dell'art. 3 cod. civ. francese. — 90. Opinione nostra circa l'autorità territoriale delle leggi relative agl'immobili. — 91. Teoria razionale circa la legge applicabile alle cose mobili. — 92. Con quali limitazioni può ammettersi l'antica regola a riguardo dei mobili. — 93. Principii sanciti dal legislatore italiano e illustrazione di essi.

CAPITOLO IV: Legge della successione . . . . . . » 123

94. Importanza della questione. — 95. Il regime delle successioni presenta notabili diversità presso i varii Stati. — 96. Entro quali limiti si può sperare un diritto uniforme. — 97. Sistemi diversi circa la legge che deve regolare la successione degli stranieri — 98. Della successione secondo il diritto feudale. — 99. Sistema adottato nel Codice Napoleone. — 100. Legge francese del 14 luglio 1819. — 101. Come gli scrittori abbiano cercato di giustificare il diritto vigente in Francia. — 102. Scrittori che vogliono far regolare la successione degli stranieri dalla *lex rei sitæ*. — 103. Teoria

degli scrittori della Germania. — 104. Sistema sancito dal legislatore italiano. — 105. Come la questione debba risolversi secondo i principii razionali del diritto. — 106. Si giustifica la teoria che ammette la preferenza della legge dello Stato da cui il defunto è cittadino. — 107. Non tutte le disposizioni in materia di successione hanno il carattere di leggi territoriali. — 108. Perchè deve preferirsi la legge della patria di ciascuno. — 109. Il sistema del legislatore italiano corrisponde al diritto razionale. — 110. Non si può fare nessuna differenza tra la successione immobiliare e quella mobiliare.

CAPITOLO V: Della legge delle obbligazioni . . . *Pag.* 145

111. Nozioni generali.

§ 1°: Della legge dell'obbligazione convenzionale . . . » 146

112. Nel determinare la legge dell'obbligazione convenzionale bisogna tener conto dell'autonomia delle parti. — 113. Entro quali limiti può valere codesto principio. — 114. Non si può determinare facilmente in ogni caso la legge alla quale le parti si sono riferite. — 115. Gravi difficoltà nel caso di obbligazioni contrattuali. — 116. Disparere fra i giuristi nel fissare il principio per risolverle. — 117. Come gli uni e gli altri invocano e spiegano i testi del diritto romano. — 118. Opinione nostra. — 119. Come essa sia fondata su quella dei giuristi antichi: Mevio, Voet, Burgundio. — 120. Si oppugna la teoria di Story e di Savigny. — 121. Si conferma l'opinione sostenuta con la teoria di Rocco. — 122. Come la teoria trovi pure il sostegno della giurisprudenza.

§ 2°: Del luogo in cui deve ritenersi perfezionato il contratto e di quello in cui deve ritenersi fissata la esecuzione di esso » 158

123. Difficoltà che possono nascere nel determinare il luogo in cui il contratto sia stato perfezionato. — 124. Opinioni diverse dei giuristi circa il tempo e il luogo ove si debba ritenere perfezionato il contratto per corrispondenza. — 125. È pure discorde la giurisprudenza. — 126. Soluzione della questione secondo la legge italiana. — 127. Opinione da noi sostenuta. — 128. Quando e dove debba ritenersi perfezionato il contratto fatto per mezzo d'intermediario. — 129. Mandato dato per lettera. — 130. Della legge alla quale si deve ritenere soggetto il mandato. — 131. Dei contratti fatti in un luogo e ratificati in un altro. — 132. Della ratifica dei contratti originariamente nulli. — 133. Dei contratti fatti da commessi viaggiatori. — 134. Dei contratti condizionati. — 135. Delle obbligazioni derivanti da atti fatti in diverse località. — 136. Come si possono risolvere i dubbi a riguardo del luogo destinato per l'esecuzione dell'obbligazione. — 137. Dell'adempimento dell'ob-

reciprocità. — 293. Distinzione che è stata fatta tra diritti civili e diritti delle genti, e come essa non abbia un saldo fondamento giuridico. — 294. Si chiarisce il concetto dei diritti civili dell'uomo. — 295. La condizione dello straniero secondo le leggi positive. — 296. Legge inglese e quelle degli altri paesi. — 297. Condizione giuridica dello straniero a norma della legge italiana. — 298. Acquisto dei diritti e garanzie legali dei medesimi. — 299. Diritti di condizione civile. — 300. Diritto di adire i tribunali. — 301. Diritto di promuovere le misure conservative.

CAPITOLO II: Delle persone giuridiche straniere . . *Pag.* 300

302. Come le persone giuridiche siano una creazione della legge. — 303. Principali categorie di esse. — 304. La loro condizione giuridica può essere studiata sotto diversi punti di vista. — 305. Con quali criteri deve essere determinato il loro carattere di nazionali o straniere. — 306. Del godimento e dell'esercizio dei loro diritti all'estero. — 307. Dottrina di Laurent. — 308. Teoria della Corte di Cassazione francese. — 309. Opinione di Mancini. — 310. Di Ricci, Pierantoni, Bianchi. — 311. Dottrina contraria di Merlin. — 312. Brocher. — 313. Gianzana. — 314. Teoria adottata dalla Cassazione di Torino. — 315. Lomonaco. — 316. La questione così come è stata posta ha reso più difficile di potere arrivare a conclusioni precise. — 317. Non si può ammettere l'assimilazione tra le persone naturali e le persone giuridiche. — 318. Opinione nostra. — 319. Le persone giuridiche devono essere ammesse al beneficio della vita internazionale. — 320. Come debbono essere tutelati i diritti delle sovranità e quelli dei terzi. — 321. Si ammette per le persone morali una specie di statuto personale, si ritiene però indispensabile il riconoscimento di esse. — 322. Dell'esercizio dei diritti degli enti morali stranieri riconosciuti e dell'applicazione della legge territoriale.

CAPITOLO III: Della cittadinanza . . . . » 323

323. Come ed entro quali limiti ciascuno Stato possa regolare la cittadinanza. — 324. Leggi che la fanno dipendere dall'essere nato nel territorio dello Stato. — 325. Leggi che la fanno dipendere dai rapporti di famiglia. — 326. Differenza fra le leggi che regolano la perdita della cittadinanza. — 327. Condizione del figlio minore. — 328. Come possa accadere che uno abbia duplice cittadinanza o che manchi del tutto di essa. — 329. Con quali norme la cittadinanza dovrebbe essere determinata dai tribunali dello Stato di cui si voglia attribuire la cittadinanza. — 330. Come lo debba essere dai tribunali dei terzi Stati. — 331. Inconvenienti della mancanza di un diritto uniforme circa l'acquisto e la perdita della cittadinanza. —

332. Principii secondo il diritto razionale. — 333. Si giustifica l'attribuire al figlio la cittadinanza del padre. — 334. Cittadinanza del figlio naturale. — 335. Condizione del figlio naturale riconosciuto prima dalla madre e poi dal padre, se entrambi siano cittadini di Stati diversi. — 336. Cittadinanza del figlio di genitori ignoti. — 337. Dell'obbligo del servizio militare imposto a chiunque voglia espatriare. — 338. Si esamina la controversia della condizione della moglie di uno che avesse acquistato una nuova cittadinanza. — 339. Disposizioni di diritto positivo su tale soggetto. — 340. Condizione del figlio minore di colui che abbia acquistato la nuova cittadinanza o perduta l'originaria. — 341. Inconvenienti della mancanza di un diritto uniforme. — 342. Norme per risolvere i conflitti di leggi circa la cittadinanza. — 343. Del figlio concepito nell'antica patria e nato in quella nuova del padre. — 344. Regola per determinare la cittadinanza. — 345. Come si debba presumere la conservazione della cittadinanza originaria. — 346. La rinuncia a questa richiede sempre un fatto volontario. — 347. Applicazione dei principii a minori stranieri. — 348. Effetti della nuova cittadinanza a riguardo dei diritti civili e politici. — 349. Effetti a riguardo del mutamento dello statuto personale. — 350. Dei diritti acquistati secondo la legge dell'antica patria. — 351. Quando lo stato acquistato nell'antica patria possa o no essere riconosciuto. — 352. Legge che dovrebbe regolare le conseguenze giuridiche dello stato acquistato. — 353. La maggiore età e la incapacità. — 354. Prova della cittadinanza.

CAPITOLO IV: Della naturalizzazione . . . . *Pag.* **363**

355. Idee generali e ordine della trattazione.

§ 1°: Della naturalizzazione ordinaria . . . . » **363**

356. La naturalizzazione individuale è regolata dalla legge interna. — 357. Legge vigente in Italia. — 358. Condizione giuridica dello straniero che ottenga la naturalità italiana per decreto reale. — 359. Legge francese. — 360. Leggi vigenti nella Gran Bretagna. — 361. Nell'Austria. — 362. Stati nei quali la naturalizzazione è nella competenza del potere esecutivo. — 363. Legge vigente nella Svizzera. — 364. Stati nei quali essa è nella competenza del potere legislativo. — 365. Sotto qual punto di vista deve applicarsi la legge interna di ciascuno Stato e sotto quale deve poi applicarsi il diritto internazionale. — 366. Del diritto di espatriare. — 367. Stati che lo disconoscono. — 368. Stati che lo ammettono con certe restrizioni. — 369. Come la diversità delle leggi possa far nascere dei conflitti, e come sia necessario un trattato internazionale per eliminarli. — 370. Una legge che neghi il diritto di espatriare non deve avere autorità estraterritoriale. — 371. La naturalità ottenuta

all'estero deve far perdere in principio la cittadinanza originaria. — 372. Come codesta regola debba essere ristretta dentro i giusti limiti, e subordinata alla condizione della capacità secondo la legge personale. — 373. La donna maritata e legalmente separata non può naturalizzarsi all'estero senza essera autorizzata. — 374. L'autonomia delle sovranità non può valere ad attribuire a ciascuna il diritto di concedere validamente la naturalità ad un incapace. — 375. Le controversie a riguardo della naturalizzazione non possono sempre risolversi a seconda della legge interna. — 376. Si esamina la questione se un minore emancipato possa reputarsi capace di naturalizzarsi all'estero. — 377. Opinione nostra. — 378. Degli effetti della naturalizzazione e della legge che deve regolarli. — 379. Le regole che concernono la naturalizzazione propriamente detta non possono applicarsi a colui che secondo la legge inglese sia qualificato *denizen*. — 380. Il *denizen* non può essere assimilato al cittadino, e come sia sostanzialmente diversa la condizione sua da quella del naturalizzato. — 381. La borghesia e le altre somiglianti qualificazioni non equivalgono alla naturalizzazione.

§ 2°: Della naturalizzazione collettiva che consegue dalla cessione e dall'annessione di un territorio . . . . . *Pag.* 391

382. Le cessioni territoriali in rapporto alla naturalizzazione. — 383. In quale caso ne consegue la naturalizzazione collettiva degli abitanti. — 384. L'annessione non produce *ipso facto* il mutamento della cittadinanza. — 385. Come i diritti della sovranità possono essere conciliati con quello spettante a ciascun uomo di non essere privato forzatamente della cittadinanza acquisita. — 386. Se le conseguenze del trattato di cessione devono essere estese ai nativi soltanto o ai domiciliati nel territorio ceduto. — 387. Criterii prevalsi nel trattato per la cessione di Nizza e della Savoia, e osservazioni critiche. — 388. Criterii prevalsi nel trattato di cessione dell'Alsazia e della Lorena. — 389. Condizioni alle quali dovrebb'essere subordinato il diritto di ottare a riguardo del termine per esercitarlo. — 390. Dell'obbligo di trasferire il domicilio per conservare la cittadinanza originaria. — 391. Dell'obbligo di alienare gl'immobili. — 392. Decadenza dal diritto di ottare. — 393. Se a riguardo dei minori il diritto di ottare debba essere attribuito al padre o ai loro rappresentanti legali. — 394. Inconvenienti che sono derivati nella pratica rispetto ai minori di Nizza e Savoia. — 395. Nostra opinione su tale controversia. — 396. Del diritto di ozione della donna maritata. — 397. Come nei trattati di cessione non siano stati rispettati i giusti principii. — 398. Interpretazione data alla parola nativi « *originaires* ». — 399. Applicazione del concetto risultante dall'interpretazione ai nativi di Nizza e della Savoia, e a quelli nati in altre provincie italiane da genitori nizzardi o savoiardi.

— 400. Se i figli minori &c. savoiardi o nizzardi nati fuori delle provincie cedute siano francesi o italiani. — 401. Come i principii esposti possono valere per applicare il trattato del 1871 tra la Francia e la Germania. — 402. Come debba applicarsi il trattato del 1860 a coloro che erano nati nelle provincie italiane cedute alla Francia da genitori nati altrove. — 403. Come il decreto francese del 30 giugno 1860 modificò in parte le contradizioni che seguivano dal trattato, e come tale decreto debba essere interpretato. — 404. Le regole sancite col trattato di cessione non possono essere modificate con legge interna. — 405. Come debba essere interpretato l'articolo 1° del decreto francese del 30 giugno 1860. — 406. Della condizione degli abitanti del territorio ceduto, se nulla fosse stato disposto nel trattato di cessione. — 407. Della competenza a riguardo delle controversie relative alla naturalizzazione e dell'efficacia delle risoluzioni dell'autorità amministrativa.

CAPITOLO V: Del domicilio . . . . *Pag.* 425

408. Come il determinare il domicilio di ciascuna persona possa riescire di comune interesse nelle controversie delle quali ci occupiamo. — 409. Concetto del domicilio. — 410. Della pluralità del domicilio. — 411. Applicazione della legge nelle controversie relative. — 412. Del domicilio di origine e della regola per poterlo determinare. — 413. Del domicilio di diritto o legale. — 414. Del domicilio volontariamente acquistato. — 415. Nessuno può mancare assolutamente di domicilio. — 416. Del domicilio delle persone giuridiche. — 417. Come esso debba essere determinato. — 418. La pluralità del domicilio dev'essere esclusa anche a riguardo delle corporazioni; applicazione alle succursali. — 419. Della prova del domicilio. — 420. Delle presunzioni. — 421. Le norme per lo stabilimento e per la prova devono valere anche a riguardo degli stranieri. — 422. Della facoltà di fissare il domicilio all'estero. — 423. Effetti del domicilio.

CAPITOLO VI: Dell'assenza . . . . » 443

424. Carattere giuridico dell'assenza. — 425. Le leggi contemplano tale condizione e quella di chi non è presente. — 426. Sono diverse le disposizioni relative all'assenza anche per quello che riguarda il concetto stesso dell'istituto. — 427. È necessario determinare quale legge dev'essere applicata. — 428. Teoria di Brocher, di Laurent, di Barde, di Rocco. — 429. Opinione nostra. — 430. Casi nei quali dev'essere applicata la legge territoriale. — 431. Casi nei quali dev'essere applicata la legge personale. — 432. Del tribunale competente a dichiarare l'assenza e della legge secondo cui deve giudicare. — 433. Non può giustificarsi la distinzione tra i rapporti personali, e quelli patrimoniali derivanti dall'assenza

bligo di rimettere una merce a destinazione, opinioni diverse. — 138. Soluzione data alla questione della giurisprudenza. — 139. Opinione che ci sembra preferibile. — 140. Giurisprudenza dei tribunali americani.

§ 3°: Della legge che deve regolare la natura e gli effetti giuridici dell'obbligazione . . . . *Pag.* 171

141. Secondo quale legge debba determinarsi la natura dell'obbligazione. — 142. Della solidarietà. — 143. Del beneficio della divisione fra i condebitori. — 144. Dei mezzi per costringere il debitore. — 145. Degli effetti giuridici derivanti dall'obbligazione. — 146. Gli effetti naturali devono essere retti dalla *lex loci contractus*. — 147. Degli effetti che sono retti dalla legge del luogo ove si deve verificare l'esecuzione. — 148. Effetti che derivano da avvenimenti accidentali. — 149. Della caparra. — 150. Della clausola penale.

§ 4°: Della legge che deve regolare le azioni e le eccezioni » 178

151. Le azioni derivanti dall'obbligazione convenzionale dipendono dalla *lex loci contractus*. — 152. Si precisa l'oggetto proprio della disputa. — 153. Le azioni e le eccezioni, quanto al fondo del diritto fanno parte della sostanza del contratto. — 154. Si applica la regola a varii casi particolari. — 155. Si conferma con la giurisprudenza. — 156. Delle azioni di rescissione, di rivocazione e riduzione. — 157. Dell'azione redibitoria e della rescissione per lesione.

§ 5°: Della legge che deve regolare la prescrizione delle azioni » 182

158. Disparere tra i giuristi circa la legge che deve regolare la prescrizione dell'azione. — 159. Opinione di Pothier. — 160. Opinione di Merlin. — 161. Osservazioni critiche. — 162. Teoria di Pardessus. — 163. Opinione di varii giuristi. — 164. Dottrina di Troplong. — 165. Teoria che a noi sembra preferibile. — 166. Si conferma coll'autorità di Savigny e colla giurisprudenza.

§ 6°: Dell'efficacia giuridica estraterritoriale delle convenzioni » 188

167. I contratti devono essere giudiziariamente efficaci dovunque, purchè non siano contrarii all'ordine pubblico. — 168. Sono inefficaci i contratti che implichino una violazione del diritto pubblico. — 169. È lo stesso di quelli contro i regolamenti e le leggi proibitive di uno Stato. — 170. I contratti inefficaci possono ingenerare non pertanto una valida azione giudiziaria. — 171. Decisioni dei tribunali francesi e degli americani. — 172. Si chiarisce la regola circa l'inefficacia dell'azione giudiziaria. — 173. Del contratto di eseguire il contrabbando e delle azioni giudiziarie ad esso relative. — 174. Opinione nostra. — 175. Il contrabbando già eseguito può dar luogo ad una valida azione giudiziaria.

§ 7°: Dell'interpretazione degli atti e dei contratti . . *Pag.* 195

176. Si determini l'oggetto dell'interpretazione nei rapporti internazionali. — 177. Regola generale. — 178. È importante determinare l'intenzione delle parti. — 179. Come possa riuscire dubbiosa l'intenzione. — 180. Come si deve determinare la misura se il suo valore sia diverso secondo la legge dei diversi paesi. — 181. Dell'interpretazione di un contratto concluso per lettera. — 182. Interpretazione del valore della moneta indicata. — 183. Clausola dei testamenti.

§ 8°: Della prova delle obbligazioni . . . . » 200

184. Si determina l'oggetto della trattazione. — 185. La prova forma parte integrante della convenzione. — 186. L'ammissibilità della prova deve dipendere dalla *lex loci contractus*. — 187. Si combatte l'opinione di coloro che vorrebbero applicare la *lex fori*. — 188. Come il giudice deve valutare le prove. — 189. Dell'attendibilità della prova testimoniale. — 190. Della necessità della scrittura per l'acquisto dei diritti sugl'immobili. — 191. Rispetto ai contraenti della stessa patria devono valere regole diverse.

§ 9°: Dell'estinzione dell'obbligazione . . . . » 205

192. In quanti modi si può estinguere l'obbligazione. — 193. Legge che deve regolare il pagamento. — 194. Pagamento di una somma di denaro. — 195. Pagamento fatto con la carta-moneta. — 196. Del pagamento con surrogazione e della legge a cui è soggetto. — 197. Condizioni per la sua efficacia giuridica. — 198. Della surrogazione legale. — 199. Della rinuncia volontaria di un credito. — 200. Della remissione forzata. — 201. Opinione di Massé circa l'efficacia di un concordato tra il fallito e i suoi creditori. — 202. Osservazioni nostre. — 203. Della cessione giudiziaria dei beni. — 204. Efficacia di tale istituzione all'estero. — 205. Della novazione. — 206. Della legge con la quale si deve decidere se si sia operata la novazione, e degli effetti di essa. — 207. Nel regolare i negozi commerciali bisogna essere cauti per non dar luogo a novazione. — 208. Estinzione dell'obbligazione per l'impossibilità fisica o morale della prestazione. — 209. Estinzione *ope exceptionis*, rinvio.

CAPITOLO VI: Della legge che deve regolare la forma degli atti . . . . » 220

210. La regola *locus regit actum* è stata comunemente ammessa. — 211. Disparere nel precisare i limiti di codesta regola. — 212. Applicazione di essa in materia di obbligazione. — 213. Alle formalità abilitanti. — 214. Ai testamenti. — 215. Alla prova dell'atto. — 216. Alla celebrazione del matrimonio. — 217. Osser-

vazioni nostre per precisare la portata della regola. — 218. Come essa possa essere giustificata. — 219. Disposizioni del diritto francese circa le forme degli atti. — 220. Codice prussiano. — 221. Codice neerlandese. — 222. Le regole sancite dai legislatori non valgono a determinare la portata della regola. — 223. Tale inconveniente è stato eliminato dal legislatore italiano. — 224. Si chiarisce il sistema sancito nel Codice italiano. — 225. Il sistema italiano ci sembra ad ogni altro preferibile. — 226. La regola circa le forme sancita da ciascun legislatore può essere efficace soltanto nel territorio soggetto al suo impero. — 227. Disputa circa il valore imperativo del principio *locus regit actum.* — 228. Come i cittadini e gli stranieri devono assoggettarsi alla regola che concerne la forma dell'atto. — 229. Degli atti fatti *in fraudem legis.* — 230. Se la regola *locus regit actum* possa applicarsi per decidere della necessità della scrittura pubblica o privata. — 231. Teoria di Zaccaria. — 232. Opinione di Demolombe. — 233. Dei giuristi italiani. — 234. Opinione nostra. — 235. La questione della forma privata o pubblica dell'atto non è questione di pura forma. — 236. Applicazione del principio al riconoscimento del figlio naturale. — 237. Al contratto di matrimonio. — 238. Alla donazione. — 239. Si esamini l'ipotesi che la condizione dell'autenticità non abbia potuto adempiersi. — 240. Atti fatti in Turchia. — 241. Atti fatti da un ministro straniero accreditato, nella Legazione. — 242. A quali atti si applica la regola *locus regit actum.* — 243. A chi spetta l'onere della prova. — 244. Applicazioni fatte dalla giurisprudenza.

CAPITOLO VII: Dell'autorità territoriale del diritto pubblico e delle leggi di ordine pubblico . . . . *Pag.* 244

245. È necessario stabilire quando la legge straniera non possa avere nessuna autorità nel territorio. — 246. Del diritto pubblico. — 247. Difficoltà nel determinare le leggi di ordine pubblico. — 248. A Laurent pare che non vi sia sostanziale differenza fra queste leggi e il diritto pubblico. — 249. Opinione di Borsari. — 250. Come debba essere stabilita una differenza fra le une e le altre. — 251. Si pone la questione di fronte all'autorità territoriale o estraterritoriale delle leggi. — 252. Teoria di Brocher. — 253. Formula proposta da Mancini e Asser. — 254. Osservazioni critiche. — 255. La regola sancita dal legislatore italiano è pure vaga. — 256. Opinione nostra per determinare il principio della territorialità delle leggi. — 257. Si chiarisce la differenza tra il principio nostro e quello del Mancini. — 258. Si riconferma e si chiarisce la regola circa la territorialità della legge. — 259. Limitazione fondata sull'offesa del buon costume.

CAPITOLO VIII: Della prova del diritto straniero e della sua retta applicazione . . . . Pag. 256

260. Come occorra frequentemente di applicare le leggi straniere. — 261. Il giudice è tenuto ad acquistarne la conoscenza, ma non si può presumere che debba averla. — 262. Massime adottate dalle Corti germaniche. — 263. Principii prevalenti in Inghilterra. — 264. Sistema seguito in Francia e nel Belgio. — 265. Negli Stati Uniti d'America. — 266. Massima posta dalla Cassazione di Torino. — 267. Il giudice non può considerare la legge straniera come un fatto dedotto in giudizio. — 268. Come egli debba acquistarne d'ufficio conoscenza esatta e sicura. — 269. Proposta fatta da Laurent per facilitare la conoscenza delle leggi straniere. — 270. Proposta da noi già fatta. — 271. Si esaminano altri mezzi idonei allo scopo. — 272. Come procedere se non si arrivasse a conoscere il diritto straniero. — 273. Se l'indebita applicazione della legge straniera possa dar luogo a ricorso in Cassazione.

PARTE SPECIALE

274. Oggetto della trattazione.

LIBRO I: Delle persone e dei diritti di condizione civile . » 270

275. Oggetto del presente Libro. — 276. Ordine della trattazione.

CAPITOLO I: Dello straniero e della sua condizione civile » 273

277. L'uomo è naturalmente soggetto ai diritti. — 278. L'azione della legge è diversa a riguardo del cittadino e dello straniero. — 279. Come ai tempi moderni si è cercato di equiparare la condizione dello straniero a quella del cittadino. — 280. Osservazioni critiche sull'espressione adoperata dal legislatore italiano. — 281. Non si accetta la teoria del Bianchi circa il *godimento* dei diritti civili. — 282. Osservazioni sulla formula proposta dall'Istituto di diritto internazionale. — 283. In che deve consistere l'eguaglianza di condizione giuridica fra lo straniero e il cittadino. — 284. Il giusto concetto della personalità giuridica. — 285. Lo straniero dev'essere equiparato al cittadino quanto all'acquisto dei diritti. — 286. Esso dev'essere parimente equiparato quanto all'esercizio dei suoi diritti. — 287. Così pure per quello che concerne la conservazione e l'assicurazione. — 288. Non è nel potere discrezionale del sovrano territoriale concedere o negare allo straniero il godimento dei diritti privati, e neanche subordinarlo alla reciprocità. — 289. Di quali diritti può essere negato o limitato il godimento agli stranieri. — 290. Regole generali circa la condizione giuridica dello straniero. — 291. Liberale disposizione contenuta nella legislazione italiana. — 292. Come nelle altre leggi sia prevalso l'erroneo concetto della

sotto il punto di vista della legge applicabile ad essi. — 434. Assurdi che derivano dal fare tale distinzione. — 435. Come si possa ottenere il possesso provvisorio dei beni di un assente in conformità della legge personale. — 436. La condizione giuridica dell'assente nel periodo che precede la dichiarazione di morte deve dipendere dalla legge personale di lui. — 437. Come a riguardo dei diritti sui beni possa essere applicata la legge territoriale. — 438. Dell'efficacia internazionale della sentenza che abbia dichiarato l'assenza. — 439. Come i principii secondo il diritto scientifico non sieno sempre conformi a quelli sanciti dalle leggi positive.

CAPITOLO VII: Delle persone incapaci e delle misure di protezione stabilite dalle leggi nell'interesse delle medesime *Pag.* 459

440. Considerazioni generali sulle incapacità giuridiche. — 441. Ordine della trattazione.

§ 1°: Delle incapacità giuridiche e della legge che deve regolare gli atti degl'incapaci . . . . » 460

442. Le incapacità giuridiche devono dipendere dalla legge dello Stato di cui ciascuno è cittadino, e non da quella del domicilio. — 443. Dalla medesima deve dipendere la validità degli atti di un incapace. — 444. Non sussiste la teoria contraria di De Chassat. — 445. Opinione di Pardessus. — 446. Si conferma la nostra teoria anche col sostegno della giurisprudenza. — 447. Giusta eccezione ai principii stabiliti. — 448. Osservazioni sulla legge inglese del 1874. — 449. Del minore che abbia occultato con mezzi subdoli la sua condizione. — 450. Quando possa essere esclusa l'azione di nullità da parte del medesimo. — 451. Dev'essere lasciato al giudice una certa latitudine di apprezzamento a riguardo della malafede. — 452. Si determina la teoria circa le azioni in rescissione ed in restituzione. — 453. Della legge che deve regolare la prescrizione dell'azione in nullità spettante all'incapace. — 454. Dell'emancipazione. — 455. Conflitto di leggi circa il diritto di effettuarla.

§ 2°: Delle misure di protezione stabilite dalla legge nell'interesse degl'incapaci (Tutela, curatela, ecc., ecc.). . . . » 472

456. Concetto generale delle misure di protezione stabilite nell'interesse degl'incapaci sotto il rispetto della legge che deve regolarle. — 457. Attribuzione dei Consoli. — 458. Distinzione fatta fra le misure stabilite nell'interesse delle persone, e quelle per l'amministrazione dei beni. — 459. Osservazioni su cotesta teoria e opinione nostra. — 460. Applicazione dei principii all'assistenza del prodigo. — 461. Organamento della tutela. — 462. Conflitti circa il diritto alla tutela. — 463. Osservazioni critiche sulla teoria della Cassazione francese circa la tutela legale della vedova. —

464. Conflitti a riguardo dell'organamento della tutela derivanti dalla duplicità di cittadinanza del minore. — 465. Della tutela deferita dal magistrato. — 466. Dell'efficacia dei provvedimenti giudiziarii a tale riguardo. — 467. Principii circa la persona che può essere investita della qualità di tutore. — 468. Principii circa la persona che deve regolare le attribuzioni del tutore o del curatore. — 469. Dei poteri del tutore a riguardo della sua gestione. — 470. Opinione nostra. — 471. Si determina quando debba applicarsi la legge del paese in cui ha luogo la gestione della tutela e quando la legge personale. — 472. Si applicano i principii agli atti richiesti per la conservazione di un immobile. — 473. Si riassume la teoria.

§ 3°: Dell'interdizione . . . . *Pag.* 492

474. Carattere dell'interdizione giudiziaria. — 475. Controversia circa il tribunale competente a pronunciarla. — 476. Della legge che deve regolare l'interdizione. — 477. Controversia circa le persone che possono provocarla. — 478. Della legge che deve regolare gli effetti della interdizione.

CAPITOLO VIII: Dell'influenza della sentenza penale straniera a riguardo dello stato e della capacità giuridica . . . » 497

479. Influenza delle condanne penali sulla condizione giuridica delle persone. — 480. Dottrina degli scrittori circa l'efficacia a tale riguardo delle sentenze penali straniere. — 481. Teoria della Corte di cassazione di Roma. — 482. Opinione nostra. — 483. Disposizioni delle leggi. — 484. Come ai giudici incomba di attenersi ad esse. — 485. Conseguenze della condanna penale pronunciata dai tribunali della patria. — 486. Le incapacità derivanti a seconda della legge personale non possono essere ammesse dovunque. — 487. Della condizione di uno condannato da tribunale straniero. — 488. Non si può ammettere che la sentenza penale estera debba essere riguardata di nessun valore anche a riguardo delle conseguenze legali che ne possono derivare. — 489. Come la questione debba essere risoluta secondo i principii del diritto. — 490. Le conseguenze legali di una condanna penale straniera possono essere in certi casi rette dalla legge territoriale. — 491. — La sentenza penale estera può valere come prova dello stato personale. — 492. Influenza della sentenza penale estera nel giudizio civile relativo allo stato di una persona.

CAPITOLO IX: Degli atti dello stato civile . . . . . » 512

493. Concetto degli atti dello stato civile. — 494. Sotto quale punto di vista dobbiamo occuparcene. — 495. Ai rapporti di diritto, che mediante gli atti di stato civile si vogliono stabilire, vanno applicate altre regole. — 496. Principii circa la sussistenza dell'atto. — 497. I certificati rilasciati dai ministri ecclesiastici possono pure

essere considerati come documenti autentici. — 498. Quando l'atto di battesimo possa equivalere all'atto di stato civile. — 499. Controversie che possono nascere circa i termini per fare efficacemente la dichiarazione di nascita o di morte. — 500. Atti formati all'estero dinanzi gli agenti diplomatici a norma della legge personale. — 501. Autorità della legge personale a riguardo degli atti di stato civile. — 502. Regola generale circa gli atti fatti da un cittadino all'estero. — 503. Valore degli atti dello stato civile come mezzo di prova. — 504. Non bisogna confondere la sussistenza dell'atto, e la prova di esso, con l'efficacia dell'atto quanto al decidere una questione di stato. — 505. Efficacia degli atti di notorietà. — 506. Delle indicazioni estranee. — 507. Rettificazione degli atti di stato civile e tribunale competente ad ordinarla. — 508. Considerazioni sulle aggiunzioni di una particola, di un prenome, o di un nome patronimico.

Manuale di Storia Diplomatica. Cronologia dei principali **Trattati Internazionali** di pace, di alleanza, di commercio, dal 1496 av. Cristo ai nostri giorni, aggiuntivi i Trattati stipulati da Casa Savoia e dal Regno d'Italia. — *Prezzo* **L. 6.**

(Estratto dal volume *Cronologia* della *Storia Universale*).

Oggi tutti, *docti indoctique*, parlano, ragionano, blaterano di politica. E non solo della interna, che è alla portata anche dei calzolai e dei vetturini, ma della esterna, che riguarda i rapporti fra le nazioni. Questi rapporti, alcuni sono generali ed insiti all'umanità, come l'astenersi dalle offese, il soccorrersi nelle necessità; ma altri dipendono da convenzioni particolari, da trattati. Le società progredendo fecero tra loro dei patti, che sempre miravano ad evitare danni o dolori, ad ottenere giustizia o favori particolari.

Una volta, se un bastimento rompeva contro una terra, i litorani correvano a impadronirsi dei rottami e delle merci naufragate. Se uno moriva in paese straniero, la sua eredità cadeva al governo dove era morto. Tra le nazioni si fecero trattati per impedire queste barbarie che durarono fino al nostro secolo. Molti poi se ne fecero (lo diremo con una frase del Cantù) per incivilire la guerra, cioè per togliere a questa fiera fatalità tutte quelle inumanità, e quei guasti, che non sono assolutamente necessari al suo scopo, che è di vincere o di difendersi.

Ora a tutto ciò si provvide per mezzo di trattati, che sogliono conchiudersi fra le nazioni, generalmente dopo che si furono seriamente pestate. Così dopo 30 anni di guerra, cagionata dalla riforma religiosa, si potè con lunghissime discussioni, conchiudere il trattato di Westfalia (1648) che stabiliva i mutui rapporti fra le potenze d'Europa. Dopo altre guerre venne il trattato di Utrecht (1714) che rinnovò, modificò, estese le condizioni di pace.

Ruppe ogni cosa la rivoluzione francese, e dopo che questa ebbe sovvertito l'Europa, si combinò il trattato di Vienna (1815) che risparmiò la guerra per più di 30 anni.

Dopo d'allora può dirsi un continuo stato di ostilità, interrotto dai trattati di Zurigo (1859), di Parigi (1856 e 1864), di Praga e di Vienna nel 1866, poi molti di Berlino, massime nell'85, di Francoforte, di Santo Stefano.

Questi trattati bisogna bene che li conoscano coloro che vogliono giudicare i fatti del proprio governo e degli stranieri.

Il *Manuale di storia diplomatica* è un volume di 212 pagine che non dovrebbe mancare a nessuna società, ai gabinetti di lettura, alle biblioteche particolari, infine a nessuna delle persone, che della politica vogliono o discorrere o intendere con senno e con qualche opportunità.